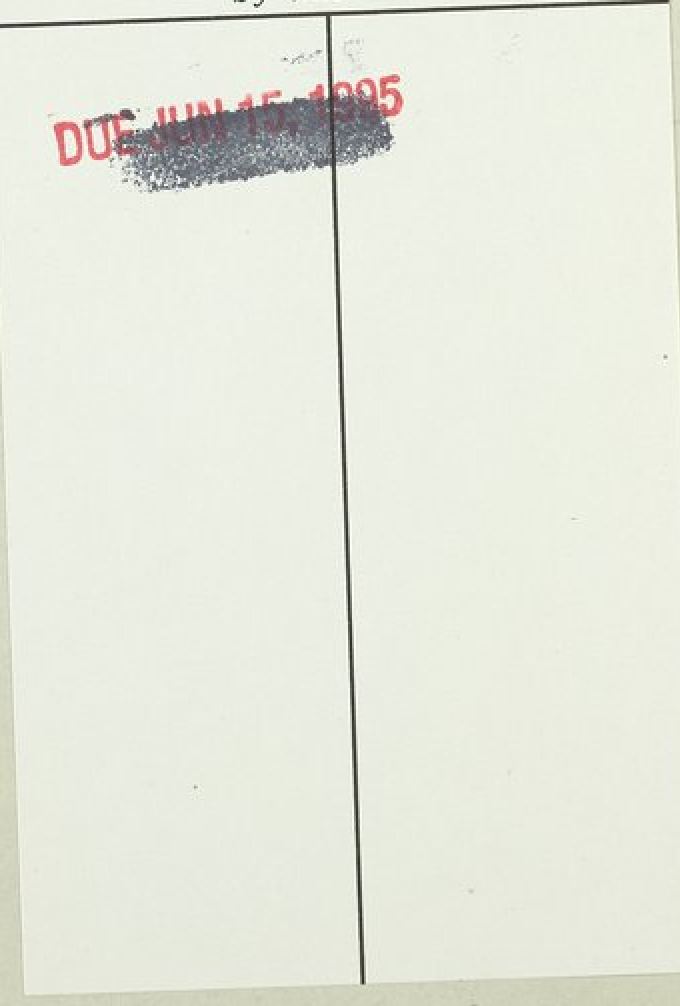
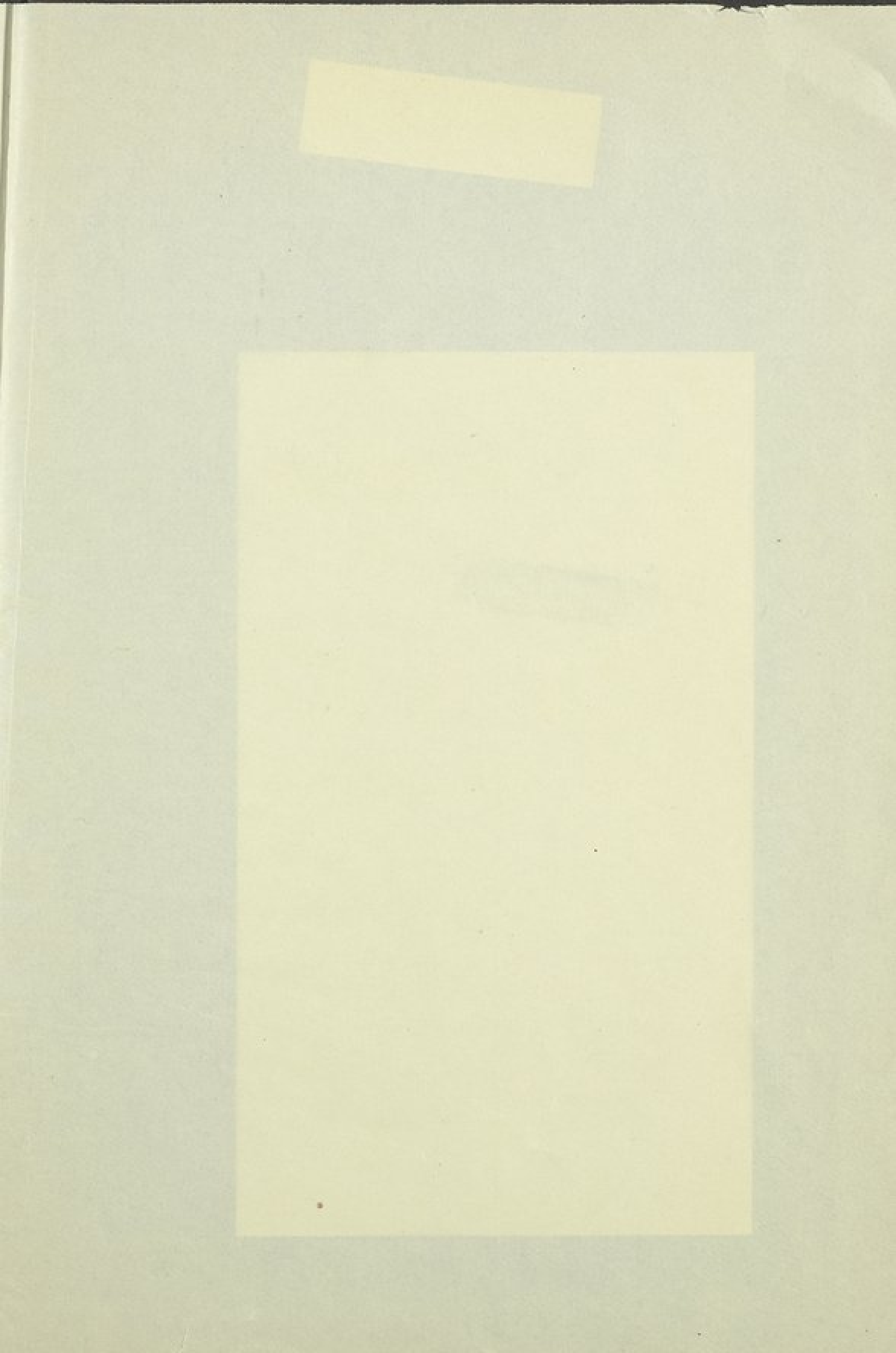
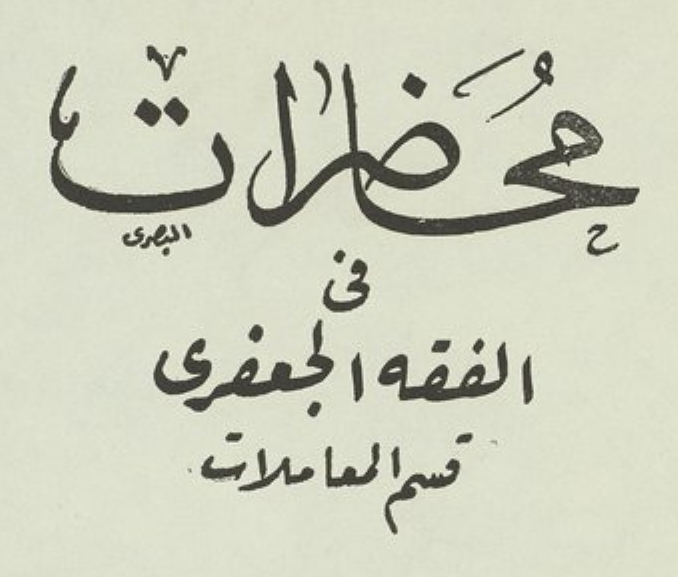

محاضرات
في
الفقه الجعفري
قسم المعاملات




PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY
DUPL
32101 016495044


PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY
This book is due on the latest date stamped below. Please return or renew by this date.
DUE





تقرير بحث سماحة آية الله العظمى المجاهد

سيد العلماء المحققين زعيم الحوزة العلمية

السيد أبو القاسم الخوئي

بقلم

المرحوم العلامة الحجة السيد علي الحسيني الشاهرودي

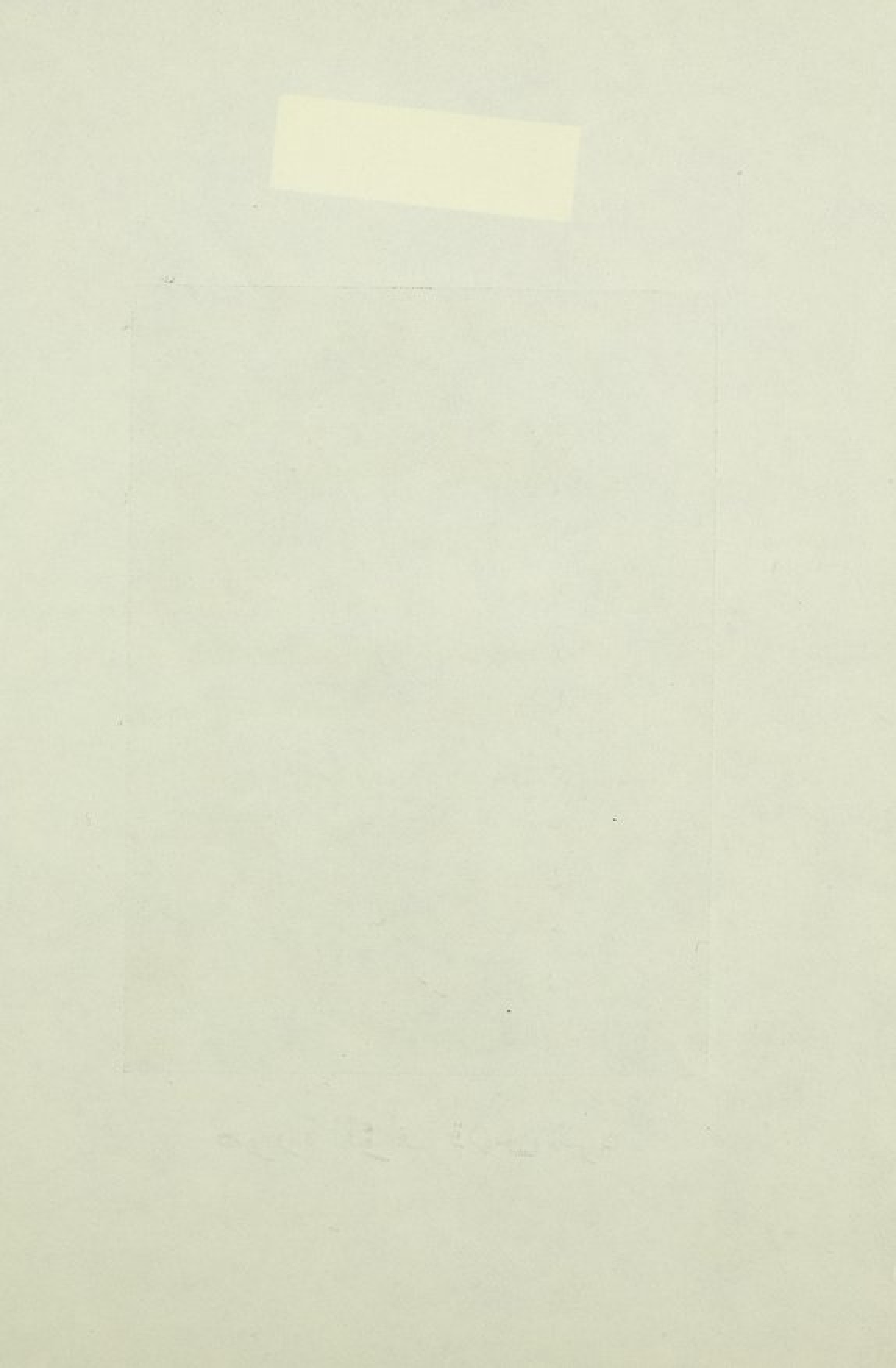
قدس الله رمسه

الجزء الثاني

اشرف على طبعه وتصحيحه
محمد كاظم الخوانساري

مطبعة الآداب النجف الأشرف
١٨ / شوال المكرم / ١٣٨٤ هـ

صورة المؤلف قدس سره



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين محمد وعترته الطاهرين واللعنة الدائمة على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين

وبعد فقد لاحظنا هذه (المحاضرات) التي كتبها العلامة الحجة المحقق الورع التقي السيد علي الشاهرودي تغمده الله برحمته وأسكنه فسيح جنته تقريراً لأبحاثنا الفقهية في المعاملات فوجدناها في غاية الجودة والإتقان والضبط والبيان يعرب عن دقائق البحث ويحافظ على مزاياه ويلم بجهاته في حسن الأداء وجودة التقرير وقد تغلبت سلاسة بيانه على تعمق البحث ودقته فأبرزه إلى الوجود صورة واضحة جلية. ولا غرو فقد كان رحمه الله ممن تنعقد عليه الآمال أن يكون أحد المراجع العظام يزعم بالرئاسة العلمية في مستقبل الأيام لكنه يؤسفنا جداً أن عاجله المنون وهو في ريعان شبابه ونضارة أيامه حيث فقدنا به أحد أعزة أولادنا الذين صرفنا جهودنا في تثقيفهم وإعدادهم علماء أبراراً يستنبطون أحكام الدين ويتسنمون مقام الفتيا بين المسلمين ومما اختص به قدس الله نفسه الزكية شدة مواظبته على أبحاثنا حتى أنا سمعناه يشكر الله سبحانه وتعالى على ما منحه إياه من عدم انقطاعه عن أبحاثنا الفقهية والأصولية ولا يوماً واحداً أثناء عشرين عاماً فكان قدوة حسنة لزملائه في النشاط العلمي والإنتاج القيم وقد سبقهم إلى طبع تقريراته في الأصول فخدم الهيئة العلمية وزودهم بكتابه (الدراسات) الذي لا يستغني عنه طلاب العلم. وإن في آثاره العلمية التي خلفها من تقريرات دروسنا الكفاية في تخليد ذكره والإشادة بفضله نور الله ضريحه وجزاه عن العلم وأهله خير جزاء المحسنين

حرر بتاريخ ١٢ شوال المكرم ١٣٩٦ أبو القاسم الموسوي الخوئي

بسم الله الرحمن الرحيم

سبحانك لاعلم لنا الا ما علمتنا انك انت العليم الحكيم ۞
ولقد جئناهم بكتاب فصلناه على علم هدى ورحمة ۞ ليثبت الذين
امنوا وهدى وبشرى للمؤمنين۞ومايعلم تأويله الا الله والراسخون
في العلم يقولون آمنا به كل من عند ربنا۞فمن حاجك فيه من بعدما
جاءك من العلم فقل تعالوا ندع ابناءنا وابناءكم ونساءنا ونساءكم
وانفسنا وانفسكم ثم نبتهل فنجعل لعنة الله على الكاذبين ۞

(القرآن الكريم)

تعريف البيع

قوله (ره) «وهو في الاصل ـ كما في المصباح ـ مبادلة مال بمال (١)

---

(١) المراد بالاصل ما سيتضح . والمراد بالمال ما يميل اليه العقلاء ويرغبون فيه ويجلبونه للانتفاع به في رفع حوائجهم ، فان الانسان ـ على خلاف سائر الحيوانات ـ مدني الطبع : لا يتمكن من أن يعيش عارياً ، او من غير مسكن يأوي اليه ، او بالتغذي بالمواد الطبيعية من غير علاج واصلاح ، فلا بد له من السعي في تحصيل المال لسد حوائجه .

ثم إن اضافة المال الى الانسان أولية (تارة) وثانوية (اخرى) والأولية قد تكون اصلية وقد تكون تبعية ، والاضافة الأولية الاصلية قد تكون (ذاتية) بمعنى عدم انتزاعها من منشأ ، كأفعال الانسان ، فان اضافتها اليه لا تحتاج الى منشأ ، فليس لغيره أن يجبره على الفعل لأنه مختار في افعاله : إن شاء فعل وان شاء ترك . ويراد من هذه الاضافة السلطنة لا الملكية ، لأنه لا معنى لأن يملك الانسان فعل نفسه . وقد تكون (عرضية) : لها منشأ انتزاع وهو أحد امور على سبيل منع الخلو : ـ

١ ـ فربما يكون منشأ الانتزاع (الحيازة) وقد اشتهر أن (من حاز ملك) و (من استولى على مالم يسبق اليه احد فهو أولى به) وثبوت الاضافة بالحيازة امر عقلائي لا يتوقف على ورود من الشارع كحيازة الانسان المباحات الاصلية .

٢ ـ وربما يكون منشأ الانتزاع (الصنعة) كما اذا أخذ احد ما لا مالية له

ـ كالطين ـ فصنعـه كوزاً فيكون مالاً . وهذه الصنعة هي المنشأ في اضافته اليه بعنوان أنه مال . ويترتب عليه ـ عند الكسر ـ سقوط ماليته .

٣ ـ وقد يكون المنشأ (مايلحق بالصنائع) من الاعمال : كما اذاأتى احد بالماء من النهر ، فانه يكون مالاً وان كان عند النهر لامالية له ، ومثله حفظ الثلج الى الصيف ، فانه يكون مالاً ، وان كان في الشتاء لامالية له .

وقد يجتمع للاضافةمنشأن: كحيازة الخشب وصنعه سريراً،فانالمنشألاضافة السرير اليه امران : من حيث المادة الحيازة ، ومن حيث الصورة الصنعة .

وأما (الاضافة التبعية) فهي الاضافات الثابتة فيما يوجد فى ملك الانسان: كبيض الدجاج ، وصوف الغنم ، وثمر الشجر ، فان اضافتها الى المالك بتبع الاصل .

وأما (الاضافات الثانوية) فهي المسبوقة بالاضافة الى شخص آخر وهي على أنحاء : (فتارة) تنشأ من سبب غير اختياري : من إرث اووصية ـ بناء على كونها من الإيقاعات ـ او وقف ونحوه ، و (اخرى) تنشأ من سبب اختياري من بيع او صلح ونحوه من العقود . ومحل البحثانما هو القسم الأخير .

ثم ان العقلاء ـ بما أنهم مدنيون ـ يحتاجون في معاشهم الى تبديل اموالهم ، كما اذا كان عند أحدهم عروضاً كالحنطة والارز ، وعند الآخر قماشاً ونحوه ، واحتاج كل منهما الى ماعند الآخر ، فيتبادلون بما عندهم ، فإذن تكون المبادلة بينهم معتبرة .

وحيث ان مالية الأشياء مختلفة ، وتعيينها بالاجناس صعب ، جعلوا الدراهم والدنانير معياراً في المالية ، وفى تقويم الاشياء . وحينئذ المعاوضة ـ للاغراض العقلائية ـ قد تكون بين عروضين ، وقد تكون بين الدراهم والدنانير،وقد تكون بين عروض ودراهم ، فالبيع إما أن يطلق على جميع ذلك ، أو يختص بالأخير .

ثم إن البيع حيث أنه تترتب عليه احكام خاصة ـ كبعض الخيارات واعتبار العلم بالوزن او الكيل في المثمن والثمن ـ إذا كانا من المكيل والموزون ـ وان لم يكن الجهل بهما موجباً للغرر على المشهور ، كما اذا كان الشعير والحنطة متساويين في المالية ، فجعل احدهما في كفة الميزان ، وبمقداره في الكفة الأخرى من دون علم بمقدار ذلك ـ فلابد لنا من تحقيق مفهوم البيع لنرتب عليه آثاراً خاصة من بين بقية العقود.

فنقول : البيع وان كان لفظا عربياً ، إلا أن له ما يرادفه في جميع اللغات ، ففهم معناه لايختص بالعربي ، فأهل كل لغة يرجع الى ما يرادفه في لغته ، فيتضح له معناه ، ولكل احد أن يجتهد في فهم المعنى .

وما ذكره في المصباح ـ في تعريف البيع ـ وان لم يكن تاماً ، إذ لانشك في أن البيع لايطلق على فعل الاثنين ـ اعنى البيع والشراء ـ وانما يطلق على فعل طرف واحد منهما إلا أنه تعريف لفظي ، كما هو شأن اللغويين ، كقولهم (سعدانة نبت) و (العود خشب) فلا مجال للمناقشة فيه طرداً وعكساً .

وكيف كان ، فقد ذكرنا انه (تارة) يكون كل من العوضين عروضاً ككتابين اريد تبديل احدهما بالآخر ، و (اخرى) يكونان من الأثمان كتبديل الدراهم او الدنانير بمثلها ، او تبديل احدهما بالآخر ، و (ثالثة) يكون احدهما ثمناً والآخر عروضاً ، كما هو الغالب ، كما إذا كان قصد من عنده العروض نفس المال ، وقصد من عنده المال العروض الشخصي بحيث لايرغب في غير ذلك الجنس وإن كانت ماليته اكثر ، لعدم تعلق غرضه بالجنس الذى ماليته اكثر ، ففى هذا الفرض لااشكال في عدم صحة اطلاق البيع على فعل من عنده الثمن . فلايقال باع ثمنه بالكتاب ، بل يقال اشترى الكتاب بثمن كذا . نعم يطلق البيع على فعل من عنده العروض ، فيقال باع كتابه اوداره بثمن كذا .

وأما الفرض الأول ـ اعنى مبادلة العروضين ـ (فتارة) يكون مقصود احدهما تبديل مالية ماله ، وليس له نظر الى شخص العروض الذى يأخذه اصلاً

قوله (ره) : الظاهر اختصاص المعوض بالعين (١) .

و (اخرى) تكون الخصوصية ملحوظــة لكل منهما . والصورة الاولى ملحقة بالفرض الأول ، فيصدق البيع على من كان غرضه متمحضاً في حفظ مالية ماله ، والشراء على فعل الآخر . وأما الصورة الثانية ، فالظاهر عدم صدق البيع والشراء على فعل كل منهما ، فاذا فرضنا ان زيداً له دارخارج البلد ، وعمرو له دار داخل البلد ، ولكل منهما رغبة في دار الآخر فعوضاهما ، لايصدق عليه البيع والشراء ، بل هو مجرد مبادلة بين المالين ، وان كان ظاهر المصباح صدق البيع عليهما . فان الظـاهر ارادة تعريف البيع بما كان متعارفاً في الزمان السابق من المعاوضة بين العروضين ، لعدم تعارف المعاوضة بالأثمان .

ولكن الصحيح أن البيــع لايطلق على ذلك ، وتعريف المصباح مبني على المسامحة كما ذكرناه . وما ذكره الميرزا النائيني - (اعلى الله مقامه) من أن احـد المتبادلين لابعينه - في الفرض - بائع والآخر مشترٍ ولاتعين لهـما واقعاً - غريب ، فانا قد ذكرنا - غير مرة - ان احدهما لابعينه لامصداق له خارجاً ، فالصحيح ان هذه المبادلة ليست بيعاً ولاشراء اصلاً ، وان كانت صحيحة بمقتضى (اوفوا بالعقود) وكونه (تجارة عن تراض) .

وأما الفرض الثانى - اعنى ما إذا كان العوضان كلاهـما من الأثمان - فان كان أحد الثمنين رائجاً في مملكة اخرى ، كتبديل الاسكناس في العراق بالدينار ، فهو ملحق بتبديل العروض بالثمن ، فيكون فعل صاحب الاسكناس بيعاً ، وفعل الآخر شراء . واما اذا كانا معارائجين في البلد كتبديل دينار بدينار ، او تبديل وصف اجتماعه بالتفرق ، كتبديل دينار باربعة ارباع ، فليس شيء من ذلك بيعا اصلا ، بل هومبادلة يعمها (اوفوا بالعقود) وحاية ماكان (تجارة عن تراض) .

هذا كله في بيان البيع من حيث المورد .

(١) أراد به الفرق بين البيع وغيره من حيث المتعلق ، فان التمليك في البيع

يتعلق بالاعيان ، وفي الاجارة يتعلق بالمنافع وان كان متعلق العقد في كليهما هو العين ، فالاجارة كالبيع تتعلق بالعين ، فيقال آجرتك الدار ، ولا يقال آجرتك منفعة الدار ، بل يقال ملكتك منفعة الدار ، لأن تمليك المنفعة مأخوذ في مفهوم الايجار ، فلا معنى لتعلقه بالمنفعة ، لأنه عليه يكون تمليك منفعة المنفعة . وهذا بخلاف نفس التمليك . ونظير ذلك الأمر والطلب ، فان الأمر يتعلق بالماهية ، والطلب يتعلق بايجاد الماهية ، لأن الايجاد مأخوذ في الأمر ، إذ معناه طلب الايجاد فلا معنى لتعلقه بالايجاد .

وعلى كل فالفرق بين البيع والاجارة ليس من جهة متعلق العقدين ، وانما هو من جهة متعلق التمليك في كل منهما . وعليه فلاوجه لما توهمه بعض من كلام المصنف (قده) من اختلاف متعلق العقدين ، فأشكل عليه بأن متعلق الاجارة هو العين لا المنفعة ، كما أنه لا وجه لما أورده بعض على تعريف الاجارة ـ الذى هو تمليك المنفعة ، مثل سكنى الدار ، وركوب الدابة ـ بكون فعل المستأجر تحت سلطنته وليس للآخر سلطنة عليه ليملكه ، فان ما يملكه المؤجر للمستأجر ليس فعلا من السكنى ونحوه ، بل هو حيثية في العين بها تكون قابلة للانتفاع .

وبعبارة اخرى : فعل المستأجر له طرفان : حيثية طرفه الى الفاعل وحيثية طرفه الى ملك المؤجر وما يملكه اياه هو الحيثية الثانية .

وقد ظهر أن ماورد من اطلاق البيع على تمليك المنفعة مبني على المسامحة . لانصراف البيع عن ذلك وصحة سلبه عنه .

ثم إن المراد بالعين ما يقابل المنفعة ، فالعين كل ما يحتاج في وجوده الى الحيز ، كالأجسام ، والمنافع لا تحتاج ـ في وجودها ـ الى الحيز ، كسكنى الدار فتصدق العين على الدين وبيع الكلي في الذمة ، والكلي في المعين كصاع من صبرة فان كل ذلك يحتاج وجوده في الخارج الى حيز . والفرق بين الدين وبيع ما في الذمة : أن الدين يكون قبل بيعه مملوكاً للبائع ، والكلي في الذمة ليس ملكا لصاحب

الذمة ، وانما له السلطنة عليه ، كسلطنته على افعاله فيملك مافي ذمتـه لأحد دون آخر . وأما الكلى فى المعين كصاع من صبرة فهو قابل للانطباق على كل صاع من الصبرة ، غاية الأمر دائرته اضيق من بيع الكلى في الذمة ، اذلا ينطبق على صاع من غير الصبرة ، كما هو ظاهر . والبيع صادق في جميع الموارد الثلاثة .

إلا أنه قد يناقش في بيع الكلى : بأن الملكية من الأعراض التي لا تتحقق خارجاً الا في موضوع ، فاذا كان المملوك معدوماً فكيف تتحقق الملكية . وقد اطيل في الجواب عنه . ومحصل ما يقال فيه : أن الملكية ليست من المقولات ، وانما هى امر اعتبارى عقلائى امضاه الشارع ، فيمكن تحققه مع عـدم تحقق موضوعه خارجاً .

وتفصيل ذلك : ان الملكيـة قد يراد بها (الملكية الحقيقية) وهى المختصة بالحق جل شأنه ، فانه مالك جميـع الموجودات ، وهي بمعنى الاحاطـة الحقيقية القيوميـة ، ويعبر عنها بالاضافة الاشراقية ، فان الممكن ـ كما يحتاج الى المؤثر في حدوثه ـ يحتاج اليـه فى بقائه ، فهو ـ جل شأنه ـ مقوم لتمام الموجودات ، بحيث إذا انقطعت إفاضته عن موجود انعدم لامحالة . وهذا نظير احاطة النفس بصورها الذهنية وحضورها لدى النفس ، وهذه الاحاطة ليست من المقولات ، وانما هى منتزعة من الوجود ، بل هى عين الايجاد .

وقد يراد بالملكية (الملكية المقولية) المعبر عنها بالجدة ، وهى هيئة حاصلة من احاطة شيء بشيء فى الخارج ، كاحاطة العمامة بالرأس ، وهى من الأعراض ، لأنها لاتتحقق الا اذا كان في الخارج محيط ومحاط .

وقد يراد بالملكية (الملكيـة الاعتبارية) فان العقلاء قد يعتبرون السلطنة لشخص لبعض المصالح ، والملكية بهذا المعنى محل الكلام ، وليست هي من الاعراض ولذا نرى بالوجدان أنه ـ بعـد تلفظ البائع بقوله بعت والمشترى بقوله قبلت ـ لايتبدل شيء من اعراض المالك ولا المملوك ، وحينئذ لايتوقف تحققها على تحقق

موضوعها خارجاً ، بل يمكن اعتبارها لكلي المملوك وكلي المالك ، كما في الزكاة التي هي ملك لكلي الفقير .

ثم إن المبادلة ليست كبقية الافعال مثل الأكل والشرب ونحوهما ، وانما هي من الافعال التعلقية التي لابد لها من متعلق ، فالمبادلة بين شيئين قدتكون في المكان وقد تكون في غيره ، وفي البيع تكون المبادلة بين مالين في الاضافة على ماهو ظاهر المبادلة بين مالين بعنوان المالية . واذا كان نظر صاحب المصباح في اعتبار المال في تعريف البيع الى ذلك فقد أجاد ، ولاوجه للقول بكون المبادلة في الملكية ، فان البيع قد يكون تبديلا في غير الملكية ، كما اذا بيع سهم سبيل الله من الزكاة ليصرف ثمنه في تعمير المساجد او القناطر ، فان سهم سبيل الله ليس ملكاً لأحد ولا لجهة : وسبيل الله يكون مصرفاً له لا مالكاً . فلاتبديل في الملكية ، وهذا ظاهر . ولماذكرناه لابد في البيع أن يدخل الثمن فى كيس صاحب المثمن وبالعكس ، والا فلا تكون هناك مبادلة ولابيع . ويشهد لذلك جميع موارد استعمال لفظ البيع والشراء في الكتاب المجيد (١) .

ثم إن في تعريف المصباح مسامحتين ، وان قلنا ان المناقشة في تعريف اللغوى بلاوجه : (احداهما) - انه لا يعتبر في المبيع ان يكون ذا مالية يرغب فيها العقلاء كما اذا اشترى احد تصوير جده أو خطه لرغبته في حفظه ، ولم يكن عند العقلاء يساوي فلساً ، فيصح الشراء ، فلا تعتبر في البيع - لاعرفاً ولاشرعاً - مالية المبيع ،

(١) كقوله تعالى في سورة البقرة (ولا تشتروا بآياتى ثمنا قليلاً) (ليشتروا به ثمنا قليلاً) (انما البيع مثل الربا واحل الله البيع وحرم الربا) (واشهدوا اذا تبايعتم) الآيات (٤١ و ٧٩ و ٢٧٥ و ٤٨٢) وفي سورة النساء (٧٤) (الذين يشترون الحياة الدنيا بالآخرة) وفي سورة يوسف (٢٠) (وشروه بثمن بخس) وفي سورة التوبة (١١١) (ان الله اشترى من المؤمنين انفسهم واموالهم بان لهم الجنة . . . فاستبشروا ببيعكم الذي بايعتم به) .

قوله (ره) كالثمرة على الشجرة . . . (١) .

ولو فرضنا اعتبارها فيه شرعاً ، فهي غير معتبرة فيه لغة وعرفاً بلا إشكال . ومن الواضح أن المصباح لم يرد تعريف البيع الصحيح شرعاً ، والالزم أن يضيف الى ما ذكره كل ما يعتبر في صحة البيع شرعاً ، كبلوغ المتعاقدين وعقلهما وغير ذلك .

(ثانيتهما) ـ أن المفاعلة على ماصرح به اهل الفن فعل الاثنين وان استعمل في فعل الواحد احياناً كما في جملة من الآيات الكريمة (١) . ولاشك في أن البيع لايطلق على مجموع فعل البائع والمشترى معاً ، وان سلمنا اطلاقه على فعل المشترى كنفس الشراء ، وقلنا بأنه موضوع للجامع بين فعل البائع والمشتري ، وحينئذ كان الأولى لصاحب المصباح ان يعرفه بالتبديل لا المبادلة .

فالصحيح على ما ذكرناه يكون تعريف البيع تبديل عين بمال في جهة الاضافة .

(١) قد عرفت ان متعلق التمليك في البيع هو الأعيان في مقابل المنفعة . واطلاقه ـ احياناً ـ على تمليك المنافع ـ كسكنى الدار وخدمة العبد ـ مسامحة واضحة كما أن استعمال الاجارة في تمليك العين مسامحة . وهذا ظاهر . إلا أنه لم يظهر لنا مراد المصنف (ره) من تمثيله لاستعمال الاجارة في نقل الاعيان باجارة الثمرة على الشجرة ، فان المحتملات في اجارة الاشجار ثلاثة :

(الأول) ـ أن يستأجر الشجرة قبل ظهور الثمرة فيها ، ثم تظهر الثمرة لها . وعليه لاإشكال في كون الاجارة لنقل المنفعة فقط ، وهي حيثية الانتفاع بالشجرة فاذا ملك المستأجر حيثية الانتفاع بالشجرة حدثت الثمرة في ملكه تبعاً ، نظير نتاج الاعيان المملوكة للانسان . فالاجارة هنا لم تستعمل في تمليك العين اصلاً .

---

(١) (يخادعون الله والذين آمنوا وما يخدعون الا انفسهم ومايشعرون) البقرة/ ٩ (ان المنافقين يخادعون الله وهو خادعهم) النساء / ١٤٢ .

قوله (ره) وأما العوض فلا اشكال فى جواز كونه منفعة (١) .

(الثاني) ـ أن يستأجر الشجرة بعد تحقق الثمرة لتدخل الثمرة بذلك في ملك المستأجر ، وهذا غير صحيح ، فان الثمرة الموجودة على الشجرة يجوز بيعها مستقلاً ، ولاتدخل في بيع الشجرة تبعا ، كما صرح به الفقهاء في كتبهم فضلاً عن دخولها في اجارة البستان او الاشجار ، إلا اذا اشترط ذلك في بيع الأشجار او اجارة البستان . وأما اطلاق الاجارة على نقل الثمرة نفسها فلم نعثر عليه في كلمات الأئمة (ع) ولا في كلمات الفقهاء . وأما اهل القرى فلا اعتبار باطلاقهم المسامحي ، وهو واضح .

(الثالث) ـ أن يستأجر الأشجار بعد وجود الثمرة لها ، ولكن بحيث يكون متعلق التمليك فيها هو حيثية الانتفاع من التنزه وغيره ، ويشترط فى ضمنها دخول الاثمار في ملك المستأجر . وفى هذا الفرض ايضاً لم تستعمل الاجارة في نقل العين ، وإنما يكون نقلها بالشرط في ضمن العقد . والحاصل : أن المصنف (ره) اجمل المراد من هذه النواحى الثلاث ، ولم يفهم المراد من عبارته (اعلى الله مقامه) .

(١) قد ذكرنا أن البيع إنشاء تبديل عين بمال ، فمن طرف الموجب لابد وأن يكون المنقول عيناً ، ومن طرف القابل يجوز ان يكون عيناً ، كما يجوز أن يكون منفعة . وأما الاجارة فحيث أنها تبديل المنفعة بالمال ، فمن طرف الموجب يكون المنقول منفعة ، ومن طرف القابل يمكن ان يكون عيناً ـ كما هو الغالب ـ ويجوز أن يكون منفعة كايجار دار بسكنى دار اخرى .

قوله (ره) وأما عمل الحر . . . (١) .

عمل الحر

(١) توضيح ما أفاده ـ أعلى الله مقامه ـ على ما ذكره بعض المحشين : أنه لاإشكال في أن عمل العبد يكون مالاً ومملوكاً لمولاه ، ومثله عمل الحر بعد وقوع المعاوضة عليه ، ولذا يضمن للمالك إذا منعه الجائر من الانتفاع بذلك ، كما أنه يكون موجباً لحصول الاستطاعة في الحج . وأما عمل الحر قبل وقوع المعاوضة عليه فليس من الأموال .

واستدل عليه بوجهين :

(الأول) ـ عدم كونه محققاً للاستطاعة في الحج ، فاذا فرضنا أحداً غير مستطيع بالفعل ، ولكنه يقدر على صنعة كالكتابة يتمكن بها من تحصيل مقدار من المال يفي للحج في زمن قصير لايكون مستطيعاً ، ولايكون وجوب الحج عليه فعلياً . وهذا كاشف عن عدم كون العمل مالاً له .

(الثاني) ـ أن الحر إذا لم يكن أجيراً ، وحبسه الجائر لايضمن له ما يفوته بذلك من أعماله ، ولو كانت أعماله مالاً لضمنها ، كما في إتلاف غيرها من الأموال فاذا لم يكن عمل الحر مالاً قبل المعاوضة لايمكن جعله عوضا في البيع من جهة اعتبار مالية المبيع قبل وقوع المعاوضة .

(وفيه) : أنه لاتعتبر في البيع الملكيـة في العوضين قطعاً ، وإلا لكان بيع الكلي في الذمة أولى بالاشكال ، فان الانسان لايكون مالكاً لما في ذمته . ومن هنا لاتتحقق به الاستطاعة ، ولايكون موجباً للضمان فيما إذا أراد أحد بيع ما في ذمته ومنعه غيره منه ، فالعقلاء لم يعتبروا الملكية للحر بالاضافة إلى أعماله ، كما لم يعتبروا الملكية في المبيع والثمن . وإنما المعتبر فيهما المالية ، وهي ثابتة في عمل الحر ، فانه مما يرغب فيه العقلاء ويكون مضافاً إلى الفاعل كما بيناه سابقاً ، فلامانع من جعله عوضاً

وما ذكر من الوجهين يرد على أولهما : أن الموضوع في وجوب الحج ـ على ما يظهر من الأخبار (١) الواردة فيه ـ هو أن يكون عنده من المال ما يفي بزاده وراحلته ، وهذا العنوان غير صادق في محل الكلام ، فان العمل وإن كان مالا ، إلا أنه لا يصدق عليه عرفاً أنه عنده مال ، ولا ينتقض بعمل العبد والحر الأجير ، فانه يكون نظير منافع الدار مما تحصل به الاستطاعة .

ويرد على الوجه الثاني : ـ أن الحر اذا لم يكن كسوباً ، ولكن كان له شأنية الكسب وقابليته ، فلا يكون ذا مال عرفاً ، فلا يصدق إتلاف المال اذا حبسه الجائر ومنعه عن أعماله . وأما إذا كان كسوباً بالفعل فحبسه الجائر ، يكون ضامناً لما يفوته بسببه من الاعمال ، لصدق (من أتلف مال غيره فهو له ضامن) .

---

(١) ـ ١ ـ محمد بن يعقوب باسناده عن عثمان الحلبي عن ابي عبد الله (ع) في قول الله تعالى : ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا « ما السبيل ؟ قال أن يكون له ما يحج به » .

٢ ـ محمد بن علي بن الحسين في عيون الأخبار عن الفضل بن شاذان عن الرضا (ع) في كتابه الى المأمون ، قال : « وحج البيت فريضة على من استطاع اليه سبيلا ، والسبيل الزاد والراحلة مع الصحة » .

٣ ـ وفي كتاب التوحيد . . . عن هشام بن الحكم عن ابي عبد الله (ع) في قوله عزوجل ، ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا « مايعني بذلك ؟ قال من كان صحيحاً في بدنه مخلا سربه له زاد وراحلة » .

الوسائل ـ الباب الثامن من ابواب وجوب الحج بوجود الاستطاعة الحديث (٣ و ٦ و ٧) .

قوله (ره) : وأما الحقوق الاخر . . . (١) .

الحقوق

(١) لم يتقدم ذكر الحقوق ليصح وصفها بالاخر . وقد ذكر السيد (اعلى الله مقامه) في توجيهه ما نصه : « يمكن ان يكون الوصف توضيحياً ، ويمكن أن يكون تقييدياً بعد اعتبار كون العين والمنفعة ايضاً من الحقوق بالمعنى الأعم » .

ولا يخفى ما فيه : ـ فان حمل القيد في المقام على التوضيح ـ مع عدم ترتب أية فائدة على ذكره ـ لغو ظاهر ، وحمله على التقييد والاحتراز بالاعتبار المذكور في كلامه غير صحيح ، فان العين او المنفعة مما يتعلق به الحق المبحوث عنه في المقام ، فانه سنخ من الاعتبار والنسبة بين الانسان وما يتعلق به ، فهو مباين للعين والمنفعة فكيف يمكن حمله على ما يعمهما ؟ فالظاهر أن في العبارة تقديماً وتأخيراً ، ولعلها من النساخ . والصحيح هكذا : ـ

« وأما الحقوق ، فان لم تقبل المعاوضة بالمال ، كحق الحضانة والولاية فلا إشكال ، وكذا لو لم يقبل النقل : كحق الشفعة وحق الخيار . وأما الحقوق الاخر القابلة للانتقال : كحق التحجير ونحوه ، فهي وان قبلت النقل وقوبلت بالمال في الصلح . . . » .

وكيف كان ، فقد قسم المصنف (ره) الحقوق الى ثلاثة أقسام : ـ

(الأول) ـ ما لايقبل المعاوضة بالمال ، ومثل له بحق الحضانة والولاية .

(الثاني) ـ ما لا يقبل النقل وإن قبل الاسقاط بل الانتقال بارث ونحوه ومثل له ـ على ما ذكرناه ـ بحق الشفعة وحق الخيار .

(الثالث) ـ ما يقبل النقل والانتقال : كحق التحجير ، وحكم بعدم جواز جعل الحق في القسمين الأولين ثمناً في البيع ، وتردد في ذلك في القسم الثالث ، مع صحة مقابلته بالمال في الصلح . وقبل التكلم في حكم كل من الأقسام لابد من بيان الفارق بين الحق والملكية : ـ

فنقول : الملكية تطلق (تارة) ويراد بها السلطنة والاحاطة الحقيقية كملكية الله تعالى بالاضافة الى مخلوقاته . و (اخرى) تطلق على السلطنة الخارجيةالتكوينية كمالكية الانسان لأفعال نفسه أوذمته ، فان الانسان ـ تكويناً ـ يملك ذلك وليست مالكيته لذمته او لفعل نفسه كمالكيته لعمل عبده أو أجيره ، وهذه الملكية بمعنى الاختيار ، بحيث إن شاء فعل وإن شاء ترك ، وهـذا هو المراد من قوله تعالى ـ حكاية عن كليمه (ع) ـ (لا أملك إلا نفسي وأخي) اي ليس تحت اختياري غير نفسي وأخي .

و (ثالثة) ـ تطلق الملكية على الملكية الاعتبارية ، وهي سلطنة اعتبـارية ثبتت باعتبار من بيده الاعتبار من الشارع والعقلاء . وهذه الملكية ليست منتزعة من الأحكام التكليفية ، لثبوتها في موارد عدم ثبوت حكم تكليفي رأساً ، كما اذا كان المالك محجوراً عليه او كلياً او جهة . وقد ينعكس الأمر ، وقد يجتمعان ، فبينهما عموم من وجه ، كما أنها ليست من الأعراض المقولية .

وقد استدل شيخنا المحقق (قده) على ذلك بوجوه ثلاثة : (ثالثها) ـ وهو الصحيح ـ أن الملكية لو كانت من الأعراض لاستحال تحققها في الخـارج مع عدم تحقق موضوعها ، كما هو شأن الأعراض ، فان وجود العرض لنفسه عين وجوده لموضوعه ، وقد نرى ثبوتها للكلي كمـا في الزكاة ، فانها ملك لكلي الفقير وللجهات ، كما في الوقف على الجهات ، وهكـذا تعتبر الملكية للكلي في الذمـة فتتحقق الملكية . واعتبارها للكلي شاهد على عدم كونها من الأعراض .

وأما الوجهان الآخران : فغير تامين . وحاصل الوجه الثاني ـ أن الوجدان اقوى شاهد على أنـه لايتغير ـ بعد البيع والشراء مثلا ـ عرض من اعراض المالك ولا المملوك .

وفيه : أنه مصادرة واضحة ، إذ كيف يمكن أن يقال أنه لا يوجـد في الخارج شيء بعـد حصول النقل والانتقال بالبيع أو الارث او غيره ، مع أن

الملكية قد وجدت لامحالة ، فان الوارث كان فقيراً قبل موت مورثه وبعده صار غنياً ، وكون الملكية المتحققة عرضا او امرا اعتبارياً هو محل الدعوى .

وأما الوجه الأول - فحاصله : أن الملكية لو كانت من الأعراض لم تختلف فيها الانظار ، مع أن الملكية تختلف فيها الأنظار ، فقد يكون شيء مملوكاً لاحد بنظر دون نظر (ففيه) أن اختلاف الأنظار في الامور الحقيقية غير عزيز ، فليس كل أمر واقعي - من الجوهر أو العرض - غير قابل للاختلاف فيه ، بل الامور على قسمين : (أحدهما) - ما هو بديهي كاستحالة اجتماع النقيضين فلا تختلف فيه الأنظار (ثانيهما) - ما يكون نظرياً يقع فيه الاختلاف لامحالة . فالصحيح من الوجوه هو الوجه الأخير في كلامه ، زيد في علو مقامه .

فظهر بما بيناه أن الملكية امر اعتباري في مقابل بقية الاعتباريات ، وليست منتزعة من الحكم التكليفي ، فهو قسم من الحكم الوضعي . وقد أوضحنا حقيقة الحكم التكليفي والوضعي في محله .

وأما الحق في اللغة فبمعنى الثابت ، إلا أنه بحسب الاصطلاح لا يطلق إلا على الحكم القابل للاسقاط . ومرجعه الى عدم جواز مزاحمة من عليه الحق لمن له الحق ، سواء كان من عليه الحق شخصاً خاصاً كمن عليه الخيار في البيع ، فان من له حق الفسخ لا يجوز أن يزاحمه من عليه الحق في الفسخ ، او لم يكن شخصاً خاصاً كما في حق التحجير أو حق السبق الى الوقف ونظائره من الحقوق ، فانه لا يجوز لغير من له الحق من المكلفين أن يزاحمه في تعمير مورد التحجير ، أو في الجلوس في المسجد مثلاً وهكذا دائماً ينتزع الحق من عدم جواز المزاحمة الثابت في مورد الحقوق لكونه متعلقاً بشخصين ، كما عرفت . ويمكن أن يكون هذا وجهاً للفرق بين الحق وسائر الاحكام ومن هنا لايتعلق الحق الا بالافعال كحق العمارة في موارد التحجير وحق القصاص والفسخ ونحو ذلك .

فالصحيح أن يقال أن الحق لايغاير الحكم بل هو حكم شرعي اختياره بيد

من له الحق فله إسقاطه .

والحاصل ان الحق حكم تكليفي إلزامي ، أو ترخيصى ، أو وضعي جوازي أولزومي . ومرادنا من الحكم الوضعي في المقام الحكم بنفوذ التصرف وهوالجواز الوضعي ، او الحكم بعدم نفوذه وبطلانه ، وهو اللزوم الوضعي لا بقية الاحكام الوضعية : كالزوجية والرقية ونحوهما .

ومما يشهد لما ذكرناه ـ من أن الحق هو الحكم بعينه ـ أنا لا نرى فرقاً بين الجواز الحكمي غير القابل للاسقاط في جواز قتل الكافر تكليفا وبين الجواز الحقّ في جواز قتــل الجاني قصاصاً ، وهكذا لافرق في جواز رجوع الواهب وضعا وجواز رجوع من له الخيار في البيع ، مع أن الاول حكمي والثاني حقي ، وكذلك لافرق بين اللزوم الحقي والحكمي ، فليس في موارد ثبوت الحق أمر آخر سوى الحكم الشرعي القائم بالمكلف ، غاية الأمر أنه قابل للاسقاط دون غيره من الاحكام الشرعية . ولهذا قلنا أن الملكية قدتتعلق بالاعيان والحق لايتعلق الاّ بالافعال ، فان الملكية اعتبار شرعي اوعقلائي ، وليست منتزعة من الحكم التكليفي لثبوتها في موارد عــدم تحقق الحكم التكليفي كالصبي فانه مالك وليس له حكم تكليفي فالحق عين الحكم وبالعكس .

ثم إن الحكم الوضعي أو التكليفي ربما يستفاد من الدليل قابليته للاسقاط ، فيعبر عنه اصطلاحا بالحق ، وقد لايكون قابلا للاسقاط ، فيعبر عنه بالحكم ، وقد يطلق الحق على الحكم غير القابل للاسقاط احيانا ، كما في حق المارة ، فانه ليس الاّ جواز التصرف في مال الغــير وهو غير قابل للاسقاط . هـذا كله بالاضافة إلى من له الحق .

وأما من عليه الحق ، فلم يكن بالنسبة إليه سوى الحكم التكليفي ، فان كلا من الزوج والزوجة له حق على الآخر كما هو صريح الآية (١) إلا أن حق الزوج

(١) (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة) البقرة/ ٢٢٨

اكثر درجة من حق الزوجة ، فعلى الزوج حق الانفاق وليس معناه إلا وجوب الانفاق عليه ، وعلى الزوجة حق التمكين وليس معناه الا وجوبه عليها ، وهكذا في غير ذلك من الموارد ، فلم نعثر على امر اعتبارى ـ غير الحكم الشرعي باقسامه يكون ثابتا لمن له الحق او من عليه الحق ـ يسمى بالحق اصلا ، وهكذا الحق العرفي ليس الا أحكاما عرفية على ماذكرنا .

(حكم الشك في قابلية الحق للاسقاط و النقل)

إذا عرفت ماذكرناه يقع الكلام في موارد : ـ

(الاول) ـ في جواز جعل الحق القابل للنقل عوضا في البيع .

(الثاني) ـ فيما إذا شك في قابلية الحكم للاسقاط أو للنقل وما تقتضيه القاعدة في ذلك .

(الثالث) ـ في الشك في قابلية الحق للانتقال .

(أما المورد الاول) فالظاهر عدم جواز جعل الحق عوضا سواء قلنا بأنه سلطنة ضعيفة كما هوالمشهور ، أو قلنا بانه حكم شرعي كما هوالمختار ، فعلى الاول يكون البيع ـ على مامر تعريفه من المصباح ـ عبارة عن المبادلة بين المالين في الاضافة أوفي الملكية ، فالمبادلة في متعلق الاضافة ، فلاتعم مبادلة نفس الملكيتين أوالسلطنتين وإن كانت السلطنة مالاً ومما يرغب فيها العقلاء ، فلو كان نظر المصنف اعلى الله مقامه ـ في تردده في جواز جعل الحق عوضا ونفي الميرزا النائيني (ره) لذلك ـ الى ماذكرناه ، فهو متين جدا .

نعم على هذا لامانع من جعل متعلق الحق عوضا في البيع كحل البيع في الخيار إلا أنه خلاف المتعارف وخارج عن محل البحث ، وهو جعل نفس الحق عوضا كما لامانع من جعل الاسقاط عوضا في البيع .

هذا بناء على كون الحق سلطنة . وأما بناء على كونه حكما شرعيا ، فالظاهر

أن الحكم الشرعي - باقسامه - لاتكون له اضافة مالية الى من يقوم به الحكم من المكلفين أصلا . وقدعرفت أن البيع هو تبديل المالين في الاضافة ، فحكم الشارع بالجواز أو اللزوم وإن كان قابلا للاسقاط والنقل ، وكان مما يرغب فيه العقلاء ، إلا أنه لايكون مضافا الى المكلف باضافة مالية أودونها ممايكون مصححا لصدق البيع . نعم على هذا يمكن جعل اسقاطه عوضا .

و(أما المورد الثاني) وهو ما إذا شككنا في قابلية الحكم للاسقاط ، فان كان لدليله اطلاق يعم ثبوته فيما بعد الاسقاط جاز التمسك به ، وان لم يكن له إطلاق: كما إذا كان دليل الحكم الاجماع ، فان قلنا بجريان الاستصحاب في الحكم الكلي الشرعي فنستصحبه ، وإلا فمقتضى عموم مثل قوله (ع) « لايجوز التصرف في مال احد الا باذنه » (١) عدم جواز التصرف فينتفي الحكم السابق بالاسقاط وهكذا الكلام في الحكم الوضعي ، إلا أن في استصحابه اشكالاً آخر وهو كونه تعليقيا .

و(أما المورد الثالث) وهو الشك في قابلية الحق للانتقال بالارث ونحوه ، فالصحيح فيه الحكم بعدم الانتقال ، لأن ماينتقل الى الوارث هو ما تركه الميت . والمراد به بحسب الفهم العرفي ما يبقى بعد ذهاب الميت ولايكون قائما بشخصه ، فان مايكون متقوما بشخص الميت يذهب بذهابه ولايصدق عليه عنوان ماتركه الميت ، فاذا شككنا في قابلية الحق للانتقال وعدمه يشك في شمول ماتركه الميت له ، والاصل عدم انتقاله اليه .

(وبما ذكرنا) ظهر أن القابلية للانتقال من شؤن قابلية الشيء للنقل فانه إذا كان قابلا له يصدق عليه ماترك فينتقل الى الوارث ، واذا شككنا في قابلية الحكم للنقل فمقتضى الاصل العملي دائماً والاصل اللفظي في بعض الموارد هو عدم

(١) لم اعثر على هذا اللفظ والموجود في الوسائل الباب الأول من ابواب كتاب الغصب الحديث (٤) عن صاحب الزمان عجل الله فرجه قال « لايحل لاحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه » .

قوله (ره) : ثم ان لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية . . . (١) .

قابليته للنقل ، وذلك لان الانتقال وعدم جواز مزاحمة المنقول اليه كما لم يجز مزاحمة الناقل مخالف للاصول والقواعد، ففي حق الفسخ مثلا إذا نقله من له الحق الى غيره ، وشك في قابليته للنقل ففسخ المنقول اليه البيع وأخذ مال الغير منه قهرا كان هذا من اكل مال الغير بالباطل لانه ليس بالتجارة عن تراض ، وقد نهى المولى سبحانه عنه بقوله (لاتاكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض) والمفروض أن الفسخ ليس عن تراض ، وهكذا ثبوت حق التحجير لمن نقله من له الحق اليه وعدم جواز مزاحمة الناس اياه مناف لعموم (من سبق الى مالم يسبقه اليه غيره فهو اولى به) إلى غير ذلك ،

نعم تبقى في البين عمومات (اوفوا بالعقود) (واحل الله البيع) وقوله (ع) (الصلح جائز بين المسلمين) فهل يمكن ان يستفاد منها قابلية الحكم للنقل إذا وقع عليه شيء منها ام لا؟ الظاهر العدم، لأنها لاتكون مشرعة ومبينة لما يكون للمتعاقدين السلطنة عليه ومالايكون ، بل هي ناظرة الى نفوذ اسباب النقل والانتقال في موارد ثبوت السلطنة التامة لكل من المتعاقدين على ماله ولو عند العرف والعقلاء ، ولذا إذا فرضنا أن أحداً آجر نفسه للغناء أو جعل فعله هذا عوضا في البيع ، ونفرض أنا نشك في حرمة الغناء وكونه تحت سلطنته وضعا ، فان الحرام لايجعل عوضا ، ولاتقع المعاملة عليه ـ لا يمكننا التمسك بعموم (أوفوا بالعقود) والحكم بدلالته بالالتزام على صحة العقد وجواز الغناء تكليفا ، وهذا ليس إلا لما ذكرناه من أن هذه العمومات لاتثبت السلطنة على اصل النقل ، بل هي ناظرة الى اسبابه .

فالحق أن مقتضى الاصل عند الشك في قابلية الحكم للنقل هو العدم .

(١) أقول : البيع ـ كما عرفت ـ انشاء تبديل عين بمال ، فيعتبر أن يكون المبيع عينا . وأما الثمن فيمكن أن يكون عينا ، كما يمكن أن يكون منفعة أوعملا . وأما الحق فقد عرفت الكلام فيه . ويعتبر في صدق عنوان البيع أن يكون غرض

البائع حفظ ماليته وإن كان في شخص الثمن وغرض المشترى شخص المبيع ، وإلا فلايصدق البيع ، كما إذا فرضنا تعلق غرض كل منهما بشخص مال الآخر كتبديل كتاب بكتاب ، فانه لوسئل كل من المتبادلين هل بعت كتابك ؟ يقول لا ولكن بدلته بكتاب آخر .

الفرق بين الانشاء والاخبار

المشهور ذهبوا إلى أن الانشاء عبارة عن ايجاد المعنى باللفظ ، فلا يتصف بالصدق والكذب ، والاخبار عبارة عن حكاية النسبة الخارجية إثباتا أو نفيا فيمكن اتصاف الاخبار بلحاظ الخارج بالصدق والكذب ، ومن هذه الجهة فرقوا بينهما .

(والصحيح) استحالة إيجاد المعنى باللفظ ، سواء كان المعنى من المقولات المتأصلة أو من الامور الاعتبارية ، فان المتأصلات مستندة الى مبادئها الخارجية والامور الاعتبارية إنما هي بيد من له الاعتبار . واللفظ أجنبي عن كل ذلك (نعم) ربما يكون للفظ لوازم كخرقه للهواء أو ترتب انتباه الغير أو هتكه عليه ، ولكنه غير ايجاد المعنى باللفظ .

واما كون الانشاء استعمالا للفظ في المعنى ، فهو وان كان صحيحا ، إلا أن الاستعمال مايعبر عنه بالفارسية (بكار بردن) اي اعمال الشيء في مورده ، واستعمال الاشياء يختلف ، فمثل استعمال اللباس يكون باللبس ، واستعمال الاناء يكون بالشرب والأكل ، واستعمال اللفظ عبارة عن إعمال تعهد الواضع ، فان الواضع قد تعهد التوصل باللفظ الى تفهيم المعنى واحضاره في ذهن السامع ، فمعنى استعمال اللفظ اعماله في ذلك ، وهذا أجنبي عن ايجاد المعنى باللفظ ، كما هو ظاهر .

(وبالجملة) لا يوجد بقول (بعت واشتريت) ايّ موجود لا في الخارج ولا في الاعتبار (فالصحيح) ـ كما بيناه في الاصول ـ أن الالفاظ ـ من المفرادت والمركبات من الجمل الخبرية والانشائية ـ كلها موضوعة لا براز الامر النفساني

الذي به يمتاز الانسان عن سائر انواع الحيوان ، فانه يمكن إبراز مافي ضميره بانحاء من الكتابة والاشارة واراءة فرد من الطبيعي في الخارج ، إلا أن ذلك قد يتعسر أو يتعذر ، فالواضع إنما وضع الألفاظ لذلك تسهيلا ، وتعهد أن يتلفظ بلفظ خاص إذا أراد تفهيم المعنى المخصوص ، فاللفظ دائما يدل على قصد التفهيم .

ثم إن الجمل الانشائية دالة على الاعتبار النفساني على اختلاف انواع مايتعلق به الاعتبار ، فانه قد يكون ثبوت شيء في ذمة المكلف ، وقد يكون الملكية او الزوجية او الحرية أو غير ذلك .

و (الجمل الخبرية) تدل على قصد الحكاية ، ومن هذه الجهة لافرق بينهما وبين الجمل الانشائية في عدم الاتصاف بالصدق والكذب . وإنما الفرق بينهما من ناحية المتعلق ، فان متعلق الابراز في الجمل الخبرية الحكاية ، وهي تتصف بالصدق والكذب ، والانشاء عبارة عن ابراز الاعتبار النفساني الذي لا تعلق له بأمر خارجي .

ثم إن الانشاء قد يكون موضوعا لحكم الشارع أو العقلاء وامضائهم ، وقد لا يكون ، كما أن المسافر يكون موضوعا لوجوب القصر ، والحاضر موضوعا لوجوب التمام ، ولامعنى لان يتسبب المنشىء بالانشاء الى اعتبار الشارع كما لايتسبب الى حكمه بوجوب القصر في السفر ، وهكذا لايتسبب المنشىء بالانشاء الى اعتبار العقلاء ، بل يمكن أن يتحقق البيع مع عدم وجود عاقل في العالم سوى المتبايعين ، ومع وجودهم ايضا ، فالغالب أن المتبايعين لا يقصدان التسبب الى ذلك ، بل يكونان غافلين عن اعتبار العقلاء .

(وبالجملة) فكما لا يوجد المعنى بالانشاء كذلك لايتسبب به الى اعتبار الشارع او العقلاء اصلا ، بل ليس في مورده سوى ابراز الاعتبار النفساني ، وربما يترتب عليه اعتبار العقلاء او الشارع ، وهذا غير التسبيب . وماذكرناه جار في جميع الانشاءات من العقود والايقاعات من غير فرق بينهما .

قوله (ره) : حيث ان البيع من مقولة المعنى دون اللفظ . . . (١)

(اشكالات على تعريف البيع)

(١) لا يخفى مافي كلامه (قدس سره) في المقام فانه او رد - على تعريف العلامة (ره) للبيع بالايجاب والقبول الدالين على الانتقال - بانه من مقولة المعنى دون اللفظ ، والالم يعقل انشاؤه باللفظ ، ثم قال الاولى تعريفه بانه انشاء تمليك عين بمال ويرد عليه مثل ما اورده على العلامة (ره) بعينه .

والتحقيق أن البيع ليس من قبيل المعنى محضا ولا من قبيل اللفظ محضا ، بداهة ان الاعتبار المحض القائم بالنفس لا يكون بيعا ولا صلحا ولا غيره من العقود ، كما أن اللفظ المجرد لايكون عقدا وإنما العقد عبارة عن الاعتبار المبرز كما كان الحال كذلك في الأمر وأما ما ذكره من الاشكال فيرد عليه نقضا وحلا :

(أما النقض) فمثل الاذن الذي هو من الايذان بمعنى الاعلام ، فلا يطلق على الرضا مالم يبرزه الراضي ومع ذلك ينشأ بلفظ اذنت ، وهكذا الامر معناه الطلب المبرز ويمكن انشاؤه بلفظ آمرك ، وفي المقام كذلك فيمكن ان يكون البيع بمعنى انشاء تبديل العين بالمال او التبديل الانشائي ، ومع ذلك ينشأ بلفظ بعت .

(وأما الحل) فهو أن هذه العناوين لم توضع لمصداق الاعتبار المبرز ليستحيل ابرازها وانشاؤها ، وإنما هي موضوعة للاعتبار المنشأ الذي قد يكون موجودا ، وقد يكون معدوما ، فلا مانع من ايجاد هذا المفهوم وانشائه باللفظ ، ولعل الشبهة نشأت من اشتباه المفهوم بالمصداق ، فالبيع عبارة عن مفهوم انشاء تبديل العين بالمال او التبديل الانشائي . فاذا أبرز اعتبار التبديل بلفظ بعت او بغيره كان مصداقاً للبيع وهكذا الحال في الأمر فانه موضوع لابراز اعتبار شيء على ذمة المأمور فاذا ابرز ذلك بلفظ آمرك أو بغيره كان مصداقاً للأمر .

قوله (ره) : منها ـ أنه موقوف على جواز . . . (١)

قوله (ره) : ومنها ـ أنه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه . . . (٢)

قوله (ره) : ومنها ـ أنه يشمل التمليك بالمعاطاة مع حكم المشهور بل دعوى الاجماع على انها ليست بيعا . . . (٣)

---

(١) اورد على تعريفه (قده) ـ البيع بأنه إنشاء تمليك عين بمال ـ بوجوه : (منها) ـ أن لازمه جواز انشاء البيع بلفظ ملكت ، ثم التزم بعدم الضير فيه . (أقول) : لا إشكال في جواز انشاء البيع بلفظ ملكت ، إلا أنه لا يلازم مرادفة البيع والتمليك فان البيع يمكن إسناده الى الطرف مطلقا ، سواء كان اصيلا أو وكيلا أو وليا ، فيصح ان يقال في البيع للولي بعتك هذا المال بمال ابنك ، وهذا بخلاف بقية عناوين العقود ، ففي التزويج لا يصح الاسناد الى الولي او الوكيل ، فلايقال زوجتك ، بل يقال زوجت ابنك او موكلك ، والتمليك ايضا يكون نظير التزويج ، فلا يقال لولي المشتري ملكتك السلعة بكذا وهكذا الوكيل . لان دخول المثمن في كيس من يخرج الثمن من كيسه وبالعكس مأخوذ في عنوان البيع ، بل قد يتحقق البيع بلا تمليك ، كما إذا أوصى بصرف ماله في جهة خاصة : كعمارة المسجد ونحوها ، فاشتري به مال ، فانه لايدخل في ملك أحد أصلا ، ومع ذلك يصدق عليه البيع .

(٢) أجاب (قده) عن هذا النقض بماتقدم الكلام فيه . والصحيح في الجواب أن يقال إن التمليك في بيع الدين على من هو عليه ثابت ، إلا انـه تمليك بالملكية الحقيقية لا الاعتبارية ، وقد ذكرنا فيما تقدم أن ما يزول عن البائع عندما يبيع ما في ذمته من الملكية هو الذي يرجع اليه عند شرائه لما في ذمة نفسه ، فلا يبقى حينئذ لما أفاده من السقوط والتهاتر وجه صحيح .

(٣) فيه أولا ـ أن المعاطاة ـ على ماسيجيء الكلام فيها ـ بيع صحيح حقيقة بل لازم . و (ثانياً) ـ أن المنفي عند المشهور او المجمعين انما هو صحتها ، ولا ينافي ذلك صدق البيع عليها عرفا ، غايته تكون بيعا فاسدا كغيرها من اقسام البيع الفاسد

قوله (ره): ومنها صدقه على الشراء... (١)

شرعاً، لاختلال بعض ما يعتبر في الصحة. ومن الواضح أن التعريف المذكور تعريف لمفهوم البيع عرفا لا البيع الممضى شرعا، ويشهد لما ذكرناه ـ أن المنفى عندهم صحتها لا كونها بيعا ـ نفس التمسك بالاجماع والشهرة، فانه انما يرجع اليهما في الاحكام الشرعية لافي تعيين المفاهيم العرفية، فالمشهور انما نفوا صحتها اولزومها، وذهبوا الى كونها مفيدة لاباحة التصرف ولم ينفوا كونها بيعا عرفا.

(١) حاصله أن المشتري ايضاً يملك العين بالمال، وهكذا المستأجر يملك العين غالباً بالمنفعة، ولافرق بين الشراء والاستيجار إلا في أن العوضين في الشراء يمكن أن يكون كلاهما عينا، وفي الاجارة يكون أحد الطرفين منفعة. وأجاب (قده) عن النقض بان التمليك في الشراء ضمني، ثم عطف عليه دفع النقض بالاستيجار، وذكر أن جوابه يظهر مما ذكره في الشراء.

(نقول): لم نفهم ما أراده (قده) من كون التمليك من جهة المشترى ضمنيا، فانه إن أراد به أن تمليكه يكون بنحو المطاوعة والقبول أي تبعا لفعل البائع، فهو لاينافي صدق التمليك. وعليه لابد وأن يكون الشراء بيعا تبعيا، مع أن ذلك غير معتبر في الشراء. وإن أراد أن القبول يعتبر فيه أن يتأخر عن الايجاب، ففيه أنه إنما يعتبر فيما إذا أنشأ القبول بلفظ قبلت أو رضيت ونحوه مما اخذ في معناه المطاوعة. وأما إذا أنشأ بلفظ اشتريت أوتملكت، فلامانع من تقديمه على الايجاب فابتداءاً يقول المشتري اشتريت منك المتاع الفلاني بكذا درهم، فيقول البايع قبلت أو بعت، كما أن النكاح أيضا يمكن إنشاؤه من طرف الزوج، فيقول للزوجة اتزوجك في المدة المعلومة بمبلغ كذا، فاذا قالت قبلت يتم النكاح وهومنصوص.

(وبالجملة) كما أن البائع يملك المشترى شيئا ويتملك منه شيئا آخر، كذلك المشتري، والقول ـ بأن التمليك من احد الطرفين ضمني ومن الآخر استقلالي ـ لا وجه له فالفرق بين البيع والشراء إنما هو بما بيناه من أن غرض البائع لابد وأن

قوله (قده) : ومنها ـ انتقاض طرده بالصلح . . . (١)

يتعلق بالمال ، وغرض المشتري إنما يتعلق بشخص المبيع . وأما إذا كان غرض كل منهما متعلقا بحفظ المالية أو بشخص العوضين ، فلا تكون المبادلة بيعا ، وإنما هي معاوضة اخرى ، وهكذا الحال في الاجارة ، فغرض المؤجر لابد وأن يتعلق بالمالية ، وغرض المستاجر يتعلق بالانتفاع بالعين والا فلا تصدق الاجارة .

(١) الفرق بين البيع والصلح الواقع على المبادلة بين مالين من الجهة التي نحن بصددها ـ أعني من جهة المفهوم العرفي لا من حيث الحكم الفرعي ـ هو ما أفاده من انهما متغايران مفهوماً ، فان البيع تبديل عين بمال في جهة الاضافة ، والصلح هو التسالم على شيء ولذا لا يكون طلبه من الخصم اقراراً ، بخلاف طلب البيع او الهبة ومنه مصالحة احد الشريكين مع الآخر على أن يكون مافي يد كل منهما ملكاً له ، وهو مورد النص (١) .

وتوضيح الفرق ـ بين البيع والصلح على ملكية عين بعوض ـ هو أن البيع ـ كما عرفت ـ إنشاء تبديل عين بمال في جهة الاضافة لكنه بنفسه متعلق التسالم لا محالة ، فان البائع والمشترى مالم يتسالما على التبديل المزبور لا يصدر منهما العقد فالعقد هو متعلق التسالم ، لا أن المنشأ هو التسالم ، وهذا بخلاف عقد الصلح ، فان المنشأ فيه هو التسالم على شيء ، فقد يكون هو الملكية بعوض فيفيد فائدة البيع ، وقد يكون ملكية المنفعة فيفيد فائدة الاجارة وقد يكون غير ذلك فيفيد فائدة

---

(١) محمد بن يعقوب عن على بن ابراهيم عن ابيه عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي عن ابي عبد الله (ع) في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه وكان من المال دين وعليهما دين فقال احدهما لصاحبه اعطنى رأس المال ولك الربح وعليك التوى فقال لابأس اذا اشترطا فاذا كان شرط يخالف كتاب الله فهو رد الى كتاب الله عزوجل (الوسائل ـ الباب ٤ من كتاب الصلح ـ الحديث ـ ١) .

قوله (قده) : وأما الهبة المعوضة . . . (١)

عقد آخر . ومن هنا يظهر أن متعلق عقد الصلح لا يكون الا الملكية ونحوها من الأحكام ولا يمكن تعلقه بعين او عمل بل يتعلق بملكيتهما مثلاً ، فيقال : صالحتك على أن يكون هذا ملكاً لك بازاء ملكي لما عندك . وعليه فالصلح في مورد البيع مباين له مفهوماً ومصداقاً وإن اتحدا في النتيجة والغاية . نعم الصلح بالمعنى اللغوى لابد من تحققه في موارد جميع العقود كما عرفت .

(١) قد تكون الهبة مجانية ، فتكون جائزة إلا إذا قصد بها القربة ، أو كانت الى ذى رحم ، أو بين الزوج والزوجة ـ على كلام ـ فتكون لازمة ، وربما تكون معوضة اشترط فيها شيء بأن يقول الواهب وهبتك هـذا على أن تخيط ثوبي . و(ثالثة) تكون مجانية إلا أن الموهوب له يهب للواهب شيئاً تداركاً لاحسانه . والنقض إنما هو بالهبة المعوضة ، لتوهم صدق تعريف البيع عليها ، لأنها تمليك بعوض .

وحاصل ما أجاب عنه المصنف (قده) أن الشرط ليس عوضاً للموهوب وإلا دخل العوض في ملك الواهب بقبول المتهب ، وظاهرهم التسالم على عدمه ، كما أن ظاهرهم تملك المتهب للموهوب ولو مع عدم العمل بالشرط .

فالصحيح أن الهبة دائماً تكون مجانية بلا عوض ، إلا أنها قد تكون مطلقة وقد تكون مشروطة كبقية العقود ، وليس الشرط فيها إلا كالشرط في ضمن البيع ونحوه الذي لا يقابل بشيء من الثمن والمثمن ، وإنما يعلق عليه لزوم العقد من قبل العاقد ، ولذا لا يوجب تخلفه البطلان وإنما يوجب الخيار .

ثم ان السيد (ره) ذكر في حاشيته ما حاصله أن الهبة المعوضة غير منحصرة بما إذا كان العوض مذكوراً على وجه الشرطية ، بل منها أن يقول وهبتك كذا بهبتك كذا بأن تكون الهبة في مقابل الهبة . و (منها) ـ أن يقول وهبتك كذا بكذا بأن تكون الهبة في مقابل المال او المال في مقابل الهبة .

قوله (قده) : بل تمليك على وجه الضمان . . . (١) .

قوله (قده) : ولذا لا يجرى فيه ربا المعاوضة ... (٢) .

ونقول أما تمليك الهبة فيمقابل الهبة اوالمال بانشاء الهبة فهو مستحيل ، لأنه مضافاً إلى أن الفعل الخارجي - بعد تحققه - لا معنى لتمليكه للغير ، أن تمليكها إن كان بنفس قوله وهبتك فهو غير معقول ، لان الهبة المنشأة انما تعلقت بالمال لا بنفسها وإن كان بانشاء آخر فالمفروض انتفاؤه . وأما تمليك المال بازاء الهبة فهو بيع حقيقة قد انشىء بلفظ غير صريح ، وسيجيء الكلام فيه .

(١) هذا ما أجاب به عن انتقاض تعريف البيع بالقرض ، وحيث خفى مراده على بعض المحشين أورد عليه بأن التمليك على وجه الضمان إن كان تبديل العين بالمثل او القيمة الثابتة فى ذمة المديون فهو بيع ، وإن كان تمليكاً مجاناً فما هو المضمن .

وعليه فنقول الضمان - على مايظهر من كلامه في البحث عن المثلي والقيمي - ليس ثبوت المثل اوالقيمه في عهدة الضامن ، بل الضمان عبارة عن انتقال نفس العين الى العهدة ، فى الكفالة يكون الكفيل متعهداً للشخص ، وفي الضمان يكون الضامن متعهداً للعين . وعلى هذا رتبنا وجوب دفع قيمة يوم الأداء لا يوم الغصب ولا يوم التلف . وعليه فنفس هذا المعنى أعني ثبوت العين في العهدة الذي كان يتحقق بالغصب - بمقتضى على اليد ، أو بالاتلاف - يتحقق بالتراضي في القرض ، غاية الأمر في الغصب تنتقل العين بمالها من الخصوصيات الشخصية الى العهدة ، ولذا يجب ردها مع بقائها . وفي القرض تنتقل العين الى العهدة مع إلغاء خصوصياتها الشخصية ، فيكون الثابت في العهدة كلياً قابل الانطباق حتى على نفس العين ولذا يجوز الأداء بردها فليس فى القرض معاوضة اصلاً بل هو تمليك العين بثبوتها فى عهدة المقترض مع الغاء خصوصياتها الشخصية .

(٢) فسره جملة من المحشين بان الامور المعتبرة في ربا المعاوضة من كون

العوضين من المكيل او الموزون وكونهما من جنس واحد غير معتبر فى رباالقرض ولذا ترى أن الزيادة فى المعدود لا يكون ربا فى البيع ويكون ربا فى القرض ، وهكذا فى جنسين . فاذا اقترض أحد قيمياً على أن يؤدي ما يزيد على قيمته يكون رباً محرماً ، مع أنهما جنسان .

وفيه ـ مع أنه خلاف ظاهر العبارة ، اذ لو كان المرادبه ذلك ، كان الأنسب أن يقول : (ولذا لا يعتبر فيه شروط ربا المعاوضة) ـ أن ما اراده المفسرون بما حاصله أن اختلاف الحكم لا يوجب اختلاف الحقيقتين ، فان بيع الحيوان يثبت فيه الخيار دون بيع غير الحيوان مع كونهما حقيقة واحدة ، فمجرد كون دائرة الربا ـ في القرض ـ أوسع من الربا في البيع لا يستلزم تغايرهما ، فلابد أن يكون المراد ـ والله العالم ـ أن ما يكون رباً في المعاوضة لا يكون ربا في القرض . وتوضيح ذلك : أن الربا إنما يتحقق باشتراط الزيادة في العقد لا بمجرد اعطائها من غير اشتراط ، فانه احسان ويستحب في اداء القرض .

ثم إن الفقهاء ذكروا أن الربا المعاوضي قد يكون بالزيادة العينية كما قد يتحقق بالزيادة الحكمية : كاشتراط أحد المتبايعين على الآخر شيئاً . وأما اختلاف العوضين في وصف الجيد والردىء فليس من الربا المعاوضى وإنما يكون رباً في القرض لأن كل قرض يجر نفعاً فهو رباً ، فلا يعتبر فيه ما يعتبر في الربا المعاوضى فدائرة الربا في القرض أوسع من الربا في البيع ، فقد تكون الزيادة رباً في القرض ولا تكون رباً في البيع ، وهذا واضح . وإنما المهم تصوير عكس ذلك : أعنى ما يكون ربا في المعاوضة مع عدم كونه رباً في القرض ، على ما هو ظاهر كلام المصنف (ره) وهو ما إذا اشترط المقترض شرطاً في الدين ، فانه ليس نفعاً للمقرض ، وإنما هو ضرر عليه . نعم إذا انعكس الامر واشترط المقرض على المقترض شيئاً يتحقق معه الربا ، لأنه نفع حكمى يصدق معه عنوان كل قرض

قوله (قده) : (ولا الغرر المنفى . . .) (١)

قوله (قده) : (ولا ذكر العوض ولا العلم به . . .) (٢)

يجر نفعاً ، فعلى هذا يتم استشهاده ، فان القرض لو كان من المعاوضات ،لكان مقتضى اطلاقات أدلة الربا المعاوضي ثبوت الربا في القرض لعدم ورود دليل خاص ناف للربا فى المقام بخصوصه .

(١) ذكر السيد في حاشيته أن ظاهر كلامهم فى باب القرض وجوب العلم بالمقدار . . . إلى أن قال وناقش في ذلك صاحب الجواهر وهو في محله لاختصاص ما دل على نفى الغرر بالبيع .

(نقول) : الظاهر أن الغرر لا يتعقل فى القرض ، فلا موضوع له ، إلا أنه ثابت غير منتف كما يظهر من كلام المحشي ، وذلك لأن الغرر بمعنى الخطر وهو إنما يتصور فيما إذا خرج شيء عن ملك الانسان ودخل بازائه شيء آخر مجهول. وأما إذا فرضنا أن نفس مـا يتملكه ينتقل إلى عهدته ، فاي خطر يترتب على الجهل به ؟ فالغرر منتف ـ فى القرض ـ موضوعاً .

(٢) ذكر بعض المحشين أن عـدم اعتبار ذكر العوض فى القرض إنما هو من جهة كونه بنفسه معلوماً دائماً فانه المثل إن كانت العين مثلية ، وإلا فالقيمة وإنما يعتبر ذكره فى البيع لعدم كونه معينا فى نفسه ، فلا ينافى ذلك كونه بيعاً .

(نقول) : قد يتردد الشيء بين أن يكون مثلياً او قيمياً ، كما أن الشيء القيمى ربما لا تتغير له قيمة كبعض الجواهر النفيسة ، فليس ما ذكره مطرداً فى جميع الأعيان . فالصحيح أن يقال : أن القرض ليس معاوضـة ، ليعتبر فيه ذكر العوض او العلم به ، بل هو ـ كما ذكرنا ـ نقل العين إلى العهدة بالغاء خصوصياتها الشخصية التي ليست دخيلة فى ماليتها ، فعدم ذكر العوض من باب السالبة بانتفاء الموضوع .

قوله قده: (فما قيل من أن البيع هو الأصل في تمليك الأعيان)(١)
قوله قده : (ويظهر من بعض من قارب عصرنـــا استعماله في معان . . .) (٢) .

---

(١) حاصل ما أورده على القائل هو أنه لو أريـد من الأصل الاصل اللفظي فهو تام ، والا فلا أصل في البين يعين البيع وينفي به احتمال غيره . توضيح ذلك : انه إذا ثبت كون تمليك عين بمال هو نفس البيع فان احتمل إرادة غير البيع منـــه كالصلح مثلاً فالأصل اللفظي - أعني أصالة الحقيقة - يعين أن المنشأ به هو البيع دون غيره . وأما إذا لم يثبت الاختصاص بل احتملنا أن يكون مشتركاً معنوياً بين البيع وغيره من أنواع المبادلة ، أو ثبت الاختصاص ولكن لم نعرف انــه انشاء التمليك أو الصلح ثبوتاً. فليس حينئذ أصل يعين الواقع في البيع. نعم إذا كان لاحدهما أثر زائد يدفع بالأصل .

(٢) تعرضه ثانياً لبيان معنى البيع إنما هو من حيث اعتبار القبول فيه وعدمه فحكى عن بعض معاصريه للبيع معان : « الأول »التمليك بشرط تعقبه بالقبول « الثاني » الإيجاب والقبول معاً ، إما الانشائيان وإما المعنويان . « الثالث »نتيجة الايجاب والقبول - أعني الانتقال .

ثم أورد على المعنى الاول بأنه فرد من البيع قد ينصرف اليـــه لفظه لبعض القرائن ، لا أنه معنى البيع بحيث يكون لتعقب القبول دخل في حقيقته . نعم تحقق القبول دخيل في امضاء البيع شرعاً أو عرفاً لا عند البائع ، فانـه ينشيء التمليك سواء تعقبه القبول أم لم يتعقبه .

ثم ذكر أن التمليك والملكية يكونان من قبيل الإيجاب والوجوب بحيث ينفك أحدهما عن الآخر ، فإنه قد يوجب الامر شيئاً ولا يتحقق به الوجوب لكونـــه فاقداً لشأنية الآمرية ، وليسا من قبيـل الكسر والانكسار ليستحيل تخلف أحدهما عن الآخر - انتهى .

قوله قده : (وكذلك لفظ النقل والإبدال والتمليك...) (١) .

وقد أورد عليه السيد فى الحاشية باشكال متين حاصله : إن البيع إنما هو التمليك المعاملي وليس من قبيل الإيقاعات ، فهو متقوم برضا الطرفين ، ولامعنى لتحققه مع قطع النظر عن قبول الطرف الآخر حتى فى نظر شخص المعتبر فضلاً عن غيره ، وليس ذلك إلا كانشاء تزويج المرأة من دون رضاها ولا علمها ، فهل يكون ذلك سبباً لتحقق الزوجية حتى فى نظر المنشىء ؟

والحاصل أن المصدر المجرد لا يتخلف عن المصدر المزيد فيه ، لان معناه تعدية المجرد إلى الغير ، فكيف يتحقق المزيد من دون المجرد كما فى الإيجاد والوجود وقد برهن فى محله على اتحادهما حقيقة وأن تغارهما بالاعتبار . ومثله الكسر والانكسار والإيجاب والوجوب ، فلا فرق بينهما فى ذلك أصلاً ، فالوجود مطلقا لا يتخلف عن الإيجاد ، سواء كان حقيقياً أو اعتبارياً . كيف ؟ والإيجاد عبارة عن الوجود المضاف الى الفاعل .

نعم الإيجاد الاعتباري قد تختلف فيه الانظار كالإيجاب والوجوب، فيكون إيجاده عند كل شخص مستلزماً لتحقق الوجود عنده وان لم يتحقق عند غيره ، ومن هذا القبيل التمليك والملكية بخلاف الكسر والانكسار فانه أمر حقيقي . وعليه فحيث أن التمليك فى البيع معاملي متقوم بالطرفين يستحيل أن يعتبره البائع من دون تعليقه على قبول المشتري حتى فى نظره ، بل لابد وأن يعتبر التمليك المعلق على قبول المشتري ، فيكون الاعتبار فعلياً والمعتبر معلقاً كما فى الوصية وغيرها من الاعتبارات التعليقية . ولا يتوهم كون التعلق موجباً لفساد العقد ، فانه من التعليق على مـا يكون العقد معلقا عليه واقعا .

(١) ما أفاده ـ من عدم توقف صدق تلك العناوين على القبول ـ وإن كان متيناً إلا أن قياس البيع عليها قياس مع الفارق : فان الإبدال ليس مرادفاً للبيع بل هو عنوان جامع قد يتحقق في ضمن البيع ، فتكون المبادلة بين مالين في الملكية

قوله قده : (وأما البيع بمعنى الأثر وهو الانتقال . . .) (١)

قوله قده : (وأما البيع بمعنى العقد فقد صرح الشهيد الثاني)(٢)

وقد تتحقق في غيره كالتبديل في المكان ، وهكذا النقل فانه يعم النقل الخارجي والنقل الاعتباري في البيع . واعتبار القبول إنما هو في المبادلة بين مالين في الملكية

وأما التمليك فهو مضافاً الى عدم اختصاصه بالتمليك الاعتباري ـ اصدقه على التمليك التكويني ـ لا يعتبر القبول في مفهومه ان الملكية الاعتبارية ايضاً قد لا تتوقف على القبول ، كما في الإرث ونتاج الأملاك ، بل في الوصية ايضاً على الأظهر . نعم ردّ الموصى له يوجب انحلال الوصية ، فلو مات ولم يفعل شيئاً من الرد والقبول ينتقل المال الى وارثه ، فعنوان التمليك جامع للتمليك التكويني والاعتباري الإيقاعي والمعاملي ، فعدم اعتبار القبول في صدق هذه العناوين غير مستلزم لعدم اعتباره في صدق عنوان البيع .

(١) استحسن قدس سره ما حكاه من توجيه تعريف البيع بالأثر ، بأن المراد بالبيع المحدود المبيعية ـ أعنى المصدر المبني للمفعول ـ ولكنه لا يخفى عليك أنه ان اريد بالأثر الانتقال في نظر الشارع فليس بيعاً قطعاً ، سواء جعل من المبني للفاعل أو من المبني للمفعول ، بل هو حكم مترتب على البيع أحياناً ، وربما يتأخر تحققه عن البيع بزمان قصير أوطويل كما في بيع المكره إذا تأخر عنه الرضا وطيب النفس فان عنوان البيع متحقق قبل لحوقه بلا إشكال ، وإنما الأثر متوقف على لحوقه ، وان اريد به الانتقال في اعتبار البائع فهو عين تعريف المصنف لا غيره، لأن الانتقال ليس أثر النقل بل هو عينه حقيقة،واختلافهما ـ كما عرفت ـ بالاعتبار فإذا لوحظ صدوره من الفاعل فقط يعبر عنه بالنقل وإذا لوحظ قيامه بمتعلقه يعبر عنه بالانتقال .

(٢) بعدما حكى عن الشهيد « قده » أن إطلاق البيع على العقد بعلاقة السببية استظهار أن مراده بالمسبب هو الأثر الشرعي لا النقل الحاصل من فعل

الموجب ، فذكر أن إضافة العقد الى البيع ليست بيانية ، بل هي من اضافة السبب الى المسبب .

هذا ، وقد ذكر قبل أسطر أن الظاهر اتفاق الأصحاب على إرادة هذا المعنى ـ أي العقد ـ في عناوين أبواب المعاملات حتى الإجارة وشبهها التي ليست هي في الأصل اسماً لأحد طرفي العقد .

وفيما افاده « قده » مواقع للنظر : أما عدم كون الإجارة في الأصل اسماً لأحد طرفي العقد (ففيه) أن لفظ الإجارة قد يطلق ويراد به الأجرة ، وقد يطلق ويراد به المعنى المصدري من الثلاثي المجرد ، وعلى الثاني فهو مرادف للفظ الايجار، فأنه كما يصح أن يقال « آجرتك الدار » يصح أن يقال « أجرتك الدار» والظاهر أنه أريد هذا المعنى من قوله تعالى : « على أن تأجرني ثماني حجج» أي تؤجرني نفسك لا صيرورته أجيراً كما في مجمع البحرين ، واختاره بعض مشائخنا المحققين ـ قدس سره ـ . وعلى ما ذكرناه فالإجارة كالبيع اسم لاحد طرفي العقد . وأما شبه الاجارة فقد ذكر السيد« قده » في تعليقه ان المراد به الوكالة . وعليه فالجواب عنه أن الوكالة عين التوكيل حقيقة . والفرق بينهما بالاعتبار ، فان لوحظ فيها جهة الاضافة إلى الفاعل يعبر بالتوكيل ، والا يعبر عنها بالوكالة كما في الإيجاد والوجود فالظاهر أنه ليس في ألفاظ المعاملات لفظ لم يكن في الاصل اسماً لاحد طرفي العقد

نعم لم يلحظ الفقهاء في الموردين من أبواب المعاملات جهة إضافة العقد الى الفاعل ـ وهما باب الوكالة وباب النكاح ـ حيث لم يجعل العنوان فيهما التوكيل والإنكاح ، ولعل ذلك لنكتة لم تصل إلينا أو كان لمجرد الصدفة والاتفاق .

وأما ما ذكره في تفسير مراد الشهيد من المسبب ، ففيه أن الأثر الشرعي لم يطلق عليه البيع في عرف ولا في لغة ليكون إطلاقه على العقد حينئذ بعلاقة السببية أو بعلاقة اخرى ، فالظاهر ـ والله العالم ـ أن مراده بالمسبب هو المنشأ وبالسبب لفظ الإيجاب والقبول ، مبنياً على ما سلكه القدماء من أن الإنشاء عبارة عن إيجاد

قوله قده : (ان البيع وشبهه في العرف إذا استعمل . . .) (١).

المعنى باللفظ ، فالمسبب حينئذ اعتبار المتبايعين وسببه قول « بعت واشتريت » ، فكأن البيع في الاصل اسم لاعتبار المتعاقدين ، وإطلاقه على اللفظ يكون بعلاقة السببية .

هذا ، ولكن قد عرفت فساد المبنى وان الإنشاء ليس إلا إبراز الاعتبار النفساني ، فلا سببية في البين أصلاً .

ثم الظاهر أنه لم يثبت إطلاق البيع على نفس الإيجاب والقبول في مورد من الكتاب أو السنة ليتكلم في وجهه ، بل لعل إطلاقه عليه يعدّ من الاغلاط . نعم يصح إطلاقه على المعاهدة بين البائع والمشتري ، ومنه قولهم « كتاب البيع » ، ويعتبر في البيع الإيجاب والقبول ، وقولهم « انعقد البيع أو لم ينعقد » ، وقوله عليه السلام : « لا بيع بينهما » وغير ذلك ، وهذا الإطلاق المعبر عنه بمبادلة مال بمال معنى مجازي لا محالة ، لما عرفت من أن البيع عبارة عن تبديل عين بمال إذا تعقبه القبول ، والعلاقة حينئذ ليست هي علاقة السببية والمسببية ، بل من باب إطلاق اللفظ الموضوع للجزء على الكل . وعليه تكون إضافة العقد إلى البيع وغيره إضافة بيانية .

فتحصل مما ذكر أن البيع له معنيان : « أحدهما » مبادلة مال بمال ، أي المعاقدة البيعيه . « ثانيهما » تبديل عين بمال إذا تعقبه القبول ، والمعنى الثاني معنى لغوي والاول معنى إجازي اصطلاحي .

(١) لابد من التكلم في مقامين: «أحدهما» في إمكان وضع ألفاظ المعاملات للصحيح . « ثانيهما » انه بناءً على وضعها للصحيح كيف يتمسك بإطلاقها .

(أما المقام الاول) فقد ذكر فيه بعضهم أن الصحة او ملزومها لا تكون دخيلة في مفاهيم المعاملات قطعاً ، فانها امور عرفية كانت ثابتة قبل الشرع والشريعة ، فلا معنى لدخل الإمضاء الشرعي أو ملزومه في المفهوم العرفي . وقد

وجه المصنف (ره) وضع ألفاظ المعاملات كالبيع للصحيح، بأن الموضوع له فيه إنما هو المنشأ ـ أعني ما يعلن به الإنشاء ـ وهو النتيجة الحاصلة من المصدر إذا كان مؤثراً في حصول الملكية والانتقال واقعاً ، فتكون الانظار طريقا اليه ، وان اختلاف الشرع والعرف في ذلك من اختلاف الانظار في التطبيق والمصاديق ، فيكون المنشأ مصداقا للبيع عند من يراه دون غيره ممن لا يكون مؤثراً عنده ، فالمعنى واحد وإنما الاختلاف في النظر ، والمتبع في بيان المصداق نظر الشرع دون غيره ، فعليه يتم وضع اللفظ للصحيح من دون استلزامه أخذ الإمضاء الشرعي في المفهوم .

وفيه ان الاختلاف في المصاديق إنما يعقل في الامور الواقعية المتأصلة ، كاختلاف الاطباء في أن الدواء الكذائي حار أو بارد . وأما الامور الاعتبارية ـ كالملكية التي تقومها بالاعتبار ولا واقع لها سواه ـ فلا معنى فيها للاختلاف في المصداق ، فالبيع مثلاً اذا كان موضوعاً للمؤثر في الجملة فهو عبارة اخرى عن الوضع للأعم ، وان كان موضوعاً لخصوص المؤثر في نظر الشارع فقد عاد المحذور ، فان وضعه لخصوص المؤثر شرعاً بدخل الإمضاء الشرعي أو ملزومه في مفهومه باطل قطعاً . وأما احتمال أن يكون البيع موضوعاً لما هو المؤثر في الاعتبار الصحيح الناشيء عن المصلحة الواقعية فهو ـ وان كان يصح معه الاختلاف في المصداق ـ إلا أنه باطل في نفسه قطعاً ، فإن صحة الاعتبار وفساده أجنبي عن المفهوم العرفي الذي تجري عليه الاستعمالات العرفية . فتحصل أن احتمال الوضع للصحيح في المعاملات باطل في نفسه ولا يقاس ذلك بالعبادات التي هي ماهيات مخترعة شرعاً .

وأما ما حكاه عن الشهيد الثاني « قده » من الاستدلال على الوضع للصحيح بالتبادر وصحة السلب عن الفاسد والأخذ بالإقرار ، فيرد عليه أن ذلك من جهة الانصراف الناشيء من القرائن الخارجية .

قوله (قده) : (وأما وجه تمسك العلماء باطلاق أدلة البيع ...) (١)

(١) هذا هو المقام الثاني الذي لابد من التكلم فيه ، فنقول : قد بين في محله أن ألفاظ العبادات ـ على القول بوضعها للصحيح ـ تكون مجملة لا يتمسك باطلاقها ولو كان المتكلم في مقام البيـــان ، وذلك لأن التمسك بالاطلاق فرع إحراز صدق المفهوم على فاقد القيد المحتمل دخله في موضوع الحكم ، ومع فرض الوضع لخصوص الصحيح بشك في صدق المفهوم على فاقد ما يحتمل جزئيته أو شرطيته ، ومن هنا يقع الإشكال في صحة التمسك باطلاقات أدلة المعاملات عنـد الشاك في دخل شيء في صحتها على القول بوضعها للصحيـح ، مع أن التمسك بها أمر ثابت خلفاً عن سلف ولم يتوقف فيه أحد من العلماء ، فكيف يجتمع ذلك مع القول بوضعها للصحيح .

ومن هنا استدل بعضهم بفعل العلماء إنّاً على الوضع للأعم ، إلا أن شيخنا المصنف « قده » وجّه التمسك بالإطلاق على القول بالوضع للصحيح بوجهين :

(أحدهما) ـ انه مبني على استعمال اللفظ في المسبب أعني المنشأ المؤثر واقعاً ـ ما حاصله : أن البيع في قوله تعالى « أحلّ الله البيع » يحمل على المؤثر عند العرف لو رود الخطابات على طريق المحاورات العرفية . وبعبارة اخرى : إن الآيـة الشريفة وان لم يكن لها إطلاق كلامي لعدم احراز أول مقدمة من مقدماته ، وهي ورود الحكم على المقسم كما عرفت ، إلا أنه حيث علق التحليل والإمضاء في الآية الشريفة بالمسبب ، وهو لغو من دون امضاء سبب من أسبابه ، اذ هو بمنزلة أن يصرح بالغاء جميع الاسباب ، فلا يترتب حينئذ على امضاء المسبب اثر أصلاً فلابد من حمله على ما هو المؤثر عند العرف صونـاً لكلام الحكيم عن اللغوية ، فتكون النتيجة إمضاء جميع الاسباب العرفية ، ويعبر عن هذا بالاطلاق المقامي .

وفيه أنه إنما يتم اولم يكن في الاسباب العرفية ماهو متيقن الاعتبار بالاضافة

الى غيرها ، وإلا فيتعين امضاؤه شرعاً ولو من باب صون الكلام عن اللغوية . فلا يثبت الاطلاق ، لاندفاع اللغوية بامضاء المتيقن من السبب .

(ثانيهما) - أن يكون المراد بالبيع فى الآية نفس المصدر - أعني الإنشاءات العرفية - فاذا شك فى مؤثرية انشــاء عرفي كالمعاطاة تمسك باطلاق دليل حليته لاثبات تأثيره .

وفيه أنه خلاف المفروض من كون اللفظ مستعملاً في المؤثر في الملكية مثلا فان الاشكال في التمسك بالإطلاق إنما كان مبنياً عليه لا على الاستعمال في معنى آخر

هذا ، ويمكن تصحيح التمسك بالاطلاق بوجه آخر . وحاصله : ان الدليل اذا كان ظاهراً في امضاء معاملة والحكم بصحتها لا يعقل أن يكون موضوعه ما هو بمعنى قبل ذلك ، فلا مناص من كونه البيع العرفي ليرد الامضاء عليه ، وعليه فلا مانع من التمسك باطلاقه ، وان قلنا بكون الألفاظ موضوعة لخصوص الصحيح مثلاً إذا حكم الشارع بحلية البيــع وحرمة الربا ، فكون الدليل فى المقام الامضاء قرينة على ارادة البيع العرفي ، فيتمسك باطلاقه عند الشك في اعتبار شيء في صحته شرعاً .

والتحقيق أن القول بوضع ألفاظ المعاملات للصحيح باطل جزماً ، وذلك لما عرفت من أن البيع ونحوه من ألفاظ العقود والإيقاعات لم توضع لاعتبارات خاصة مبرزة بمبرزما في الخارج ، فالبيع مثلا موضوع لاعتبار تبديل العين بالعوض في الملكية المتعقب بالقبول إذا ابرز في الخارج ، سواء لحقه الإمضاء العرفي أو الشرعي أو لم يلحقه ، فيصدق عنوان البيع على الاعتبار المبرز ولو لم يكن فى العالم شرع ولا عاقل سوى المتبايعين ، وعليه فلا دخل لامضاء العقلاء فى صدق مفهوم البيع فضلاً عن دخل الامضاء الشرعي فيه . ومعه جاز التمسك باطلاق دليله مهما شك في اعتبار شيء في صحته عرفاً أو شرعاً من دون فرق بين ما يستفاد منــه

قوله (ره) المعاطاة على ما فسره .. (١)

الامضاء بالمطابقة كما في قوله تعالى : « أحلّ الله البيع » ، وبين ما يستفاد منه بالالتزام كقوله تعالى : « أوفوا بالعقود » . وبذلك يظهر أن التمسك بالاطلاق على ما سلكناه أوسع من التمسك به على التقريب المتقدم ، فانه بناء على ما سلكناه يصح التمسك بالاطلاق حتى مع الشك في اعتبار قيد في صحة المعاملة عرفاً وهذا بخلاف التقريب السابق ، فانه لابد فيه من إحراز الامضاء الشرعي والشك في الصحة شرعاً . وهذا هو الفرق بين التمسك بالاطلاق على المسلكين .

(١) المعاطاة عبارة عن عطاء شيء وأخذ شيء كما هو المتعارف في الأسواق خصوصاً في الأمور اليسيرة ، فيعطي أحد فلساً ويأخذ بقلاً ، وقد وقع الخلاف في حكمها بين الأعلام . ولابد قبل التعرض لذلك من تقديم أمر تبعاً لشيخنا المصنف (ره) ، وهو أن الإعطاء الذي هو محل الكلام - بما أنه فعل اختياري - لابد وأن يصدر عن قصد ما ، فإما أن يقصد به الحفظ من دون أن يتصرف المعطى له فيما أعطاه أصلاً فيكون وديعة ، وإما أن يقصد به التصرف والانتفاع مع بقاء عينه فان كان ذلك بعوض كان إجارة والا كان عارية . وإما أن يقصد به إباحة جميع التصرفات حتى بالاستهلاك من دون تمليك ، فيكون إباحة التصرف كما في تقديم الطعام للضيف ، وإما ان يقصد به التمليك ، فان كان بلا عوض كان هبة وان كان بعوض كان بيعاً . والمعاطاة وان كانت جارية في جميع ذلك إلا أن محل البحث منها هو الاعطاء بقصد إباحة التصرف أو بقصد التمليك بعوض ، ويظهر بذلك الحال في باقي الأقسام . فالكلام يقع في مقامين :

(الأول) - في المعاطاة التي قصد بها اباحة التصرف ، ولا ينبغي الريب في عدم افادتها الملكية ، وأن غاية ما يحصل منها هو اباحة التصرف إما مطلقا أو خصوص ما لا يتوقف على الملك ولم يخالف في ذلك أحد ولم يذهب الى حصول

الملك بذلك ، وإن كان الظاهر من تقريرات المحقق النائيني ـ قدس سره ـ وقوع الخلاف فيه ، إلا أنه خلاف المقطوع به ، إذ مع عدم قصد الملك كيف يمكن الحكم بترتب الملكية مع عدم دليل يساعد عليه . كما أن ما صنعه (الجواهر) ـ على ما حكاه الشيخ (قده) من حمل النزاع بينهم على المعاطاة المقصود بها إباحة التصرف المستلزم لإهمالهم القسم الآخر ـ غير صحيح كما أفاده المصنف .

فالمهم هو التكلم في المقام الثاني ـ أعني المعاطاة المقصود بها التمليك ـ والأقوال فيها ستة :

(الأول) ـ ما عن المفيد من أنها تفيد الملك اللازم .

(الثاني) ـ ما ذهب اليه المحقق الكركي من أنها تفيد الملك الجائز ، وبالتلف أو التصرف المغير يكون لازماً .

(الثالث) ـ التفصيل بين ما اذا كانت مسبوقة بمقاولة كاشفة عن الرضا بالتمليك اللازم ، وما اذا لم تكن مسبوقة بها فتفيد الملك الجائز . وأما التفصيل بين ما اذا كان الدال على المعاملة لفظاً وعدمه فهو ليس تفصيلاً في محل الكلام كما هو ظاهر ، ونسب كل ذلك الى بعض معاصري الشهيد الثاني .

(الرابع) ـ ما هو المعروف من أنها تفيد إباحة التصرف مطلقاً حتى ما يتوقف على الملك .

(الخامس) ـ انها تفيد إباحة خصوص التصرف غير المتوقف على الملك عن بعض حواشي الشهيد على القواعد .

(السادس) ـ أنها معاملة فاسدة لا يترتب عليها شيء حتى الإباحة كبقية العقود الفاسدة . حكي ذلك عن العلامة في بعض كتبه وانه عدل عنه في كتبه المتأخرة ، والظاهر انه مبني على عدم شمول أدلة صحة البيع للمعاطاة فلا تفيد الملكية وأما ترتب الإباحة عليها مع أنها غير مقصودة ، فهو يحتاج الى دليل آخر غير أدلة

إمضاء العقود ، وهو غير واضح .

وتوضيح الحال في المقام يتوقف على التكلم في الأدلة لنرى انها تشمل المعاطاة أم لا ، فنقول :

على المختار من أن الانشاء عبارة عن ابراز الاعتبار النفساني ولا يوجد به أيّ معنى في الخارج وأن البيع اسم للاعتبار المبرز ، لا ينبغي الريب في أن المعاطاة بيع حقيقة ، فان اعتبار التمليك موجود على الفرض ، ولا ينحصر المبرز في كونه لفظاً بل يكفي فيه الكتابة والاشارة والفعل الخارجي ، فيعمه دليل إمضاء البيع من قوله تعالى : « أحلّ الله البيع » وقوله سبحانه : « تجارة عن تراض » ، كما يعمه دليل لزوم العقد كقوله تعالى : « أوفوا بالعقود » . وعليه فما ابداه المحقق النائيني من احتمال أن يكون للفظ دخل في وجود المعنى المنشأ خارجاً يكون من السالبة بانتفاء الموضوع ، وان رده « قده » بوجوه عديدة .

نعم يمكن توهمه على القول بأن الانشاء عبارة عن إيجاد المعنى باللفظ ، فالقاعدة الأولية تقتضي القول الأول المنسوب الى المفيد من أن المعاطاة تفيد الملكية اللازمة والتنزل عن ذلك لابد وأن يكون بقيام دليل عليه ، فان ثبت اجماع على عدم اللزوم في المعاطاة نرفع به اليد عن عموم دليل اللزوم - أعني « أوفوا بالعقود » ونخصصه بغير المعاطاة ، وحينئذ لو قلنا بأن معقد الإجماع مطلق لايفرق فيه بين ما اذا كانت المعاطاة مسبوقة بالمقاولة اللفظية وما لم تكن ثبت قول المحقق الكركي ، وإن قلنا بأن الاجماع دليل لبي لابد من الاقتصار فيه على القدر المتيقن ، وهو ما اذا لم تكن المعاطاة مسبوقة بالمقاولة ثبت التفصيل المتقدم . وأما ان تنزلنا ثانياً - بأن ثبت اجماع أو دليل آخر ولو مثل قوله عليه السلام : « انما يحلل الكلام ويحرم الكلام » على عدم افادة المعاطاة للملك - فمرجعه الى أن حصول الملكية بها مشروط بالتلف كاشتراطها بالقبض في بيع الصرف وبالاقباض في الهبة ، فإمضاء الملكية شرعاً

قوله (ره): للسيرة المستمرة... الخ (١).

يكون متأخراً عن تحقق البيع أو الهبة، ومابين الزمانين - أعني زمان العقد الى زمان التلف قد يحكم فيه الشارع بالاباحة، والدليل عليه دو السيرة العملية، فليس هذا من قبيل ماوقع لم يقصد وما قصد لم يقع، كما لا يكون منافياً لقاعدة العقود تابعة للقصود التي هي من القواعد المسلمة المستفادة من نفس الآيــة - أعني «أوفوا بالعقود» - فان الوفاء بكل عقد إنما هو باتمامــه على ما قصد من غير حاجة فيها الى دليل آخر.

نعم لو كانت الإباحة الثابتة إباحة مالكية تم الإشكال، فحينئذ إن قلنا بأن السيرة القائمة على الاباحة مطلقة تعم جميع أنحاء التصرف حتى المتوقف على الملك ثبت القول الرابع. وإن قلنا بأنها دليل لبي لابد فيها من الاقتصار على القدر الميتقن ثبت القول الخامس.

وبهذا البيان ظهر مدرك الأقوال، كما ظهر المناقشة في توجيه كل من المحقق الكركي وصاحب الجواهر لكلمات الأعلام، فان المحقق حمل الإباحة في كلامهم على الملك المتزلزل لا الإباحة المصطلحة لئلا يلزم تخلف العقود عن القصود، وصاحب الجواهر جعل مورد نزاعهم المعاطاة التي قصد بها الإباحة دون ماقصد بها التمليك قائلاً: إن القول بالإباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك مما لا ينسب الى أصاغر الطلبة فضلاً عن أعاظم الأصحاب، فإن كلا التوجيهين مبني على أن يراد بالاباحة الاباحة المالكية، وقد عرفت أنها اباحة شرعية ثابتة بالسيرة العملية.

(١) قد عرفت مما بيناه أن مقتضى القاعدة في المعاطاة ما ذهب اليــه المفيد من كونها مفيدة للملك اللازم، والتنزل عن كل من الجهتين يحتاج الى دليل، فلابد من التكلم في مقامين:

(الأول) - في إفادتها الملك وعدمها، وقد استدل على ذلك بامور:

« منها » ـ سيرة المتشرعة الكاشفة عن رضا الامام عليه السلام ، فانهم يرتبون على المأخوذ بالمعاطاة آثار الملك . مثلاً : اذا اشترى أحد من غيره ثوباً بالمعاطاة فمات قبل أن يتصرف فيه يجعلونه مما تركه ويرون انتقاله الى وارثه كبقية أمواله ، مع أن الارث لا يكون الا في الملك . وقد ناقش فيها المصنف بأنها سيرة ناشئة من المسامحة وعدم المبالاة في الدين ، فلا تكون كاشفة عن رضا الامام عليه السلام . وأورد عليه السيد في حاشيته بأن هذه السيرة في المقام لو لم تكن معتبرة لما امكن التمسك بالسيرة في شيء من مواردها .

ونقول : الظاهر عدم امكان التمسك بسيرة المتشرعة في المقام ، وذلك لعدم امكان اثبات اتصالها بما هي سيرة المتشرعة وكاشفة عن رضا الشارع الى زمان المعصوم عليه السلام . كيف ومراجع التقليد من القدماء قبل المحقق الثاني كانوا يفتون صريحاً بعدم إفادتها الملك ، وهل يمكن مع ذلك أن تكون سيرة المتشرعة في تلك الأعصار صحيحة ناشئة عن منشأ صحيح ، وهل يشك ـ على فرض ثبوتها ـ في كونها ناشئة من عدم المبالاة . ولا تقاس هذه بالسير التي لم تكن مخالفة لفتاوى مراجع التقليد في زمان ما ، فما ذكره السيد قدس سره مما لا وجه له .

ويشهد لما ذكرناه عدم ثبوت السيرة من المتشرعة على إفادتها الملك في الأموال الخطيرة ، فما ينبغي أن يتمسك به من السيرة إنما هي سيرة العقلاء بما هم عقلاء ، فانها كانت ثابتة قبل الشرع والشريعة حتى في الامور الخطيرة ، ويكفي في امضائها عدم ثبوت الردع عنها ولم يثبت ، فان ما يحتمل رادعيته عنها أمران : الاجماع ، وقوله عليه السلام « انما يحلل الكلام ويحرم الكلام » وسيأتي عدم تمامية شيء منهما .

والفرق بين سيرة المتشرعة وسيرة العقلاء أن في الأولى لابد من إثبات اتصالها الى زمان المعصوم بما أنها سيرة المتدينين ليثبت إمضاؤها ، وأما الثانية فيكفي فيها عدم الردع ، فكأن الشك في الاولى من الشك في المقتضي وفي الثانية من الشك

قوله (ره) : عموم احل الله البيع . . الخ (١) .

في المانع .

(١) هذا هو الوجه الثاني مما استدل به على افادة المعاطاة للملك ، قد يجعل متعلق التحليل في الآية التصرفات المترتبة على البيع كما صنعه المصنف ، لأنه استظهر منه الحلية التكليفية ، وحيث لم يكن موهم لحرمة البيع تكليفاً حتى اذا كان فاسداً ليصح التصريح بحليته ، فالتزم بتعلقه بالتصرفات واقعاً ، وانما اسند الى البيع لفظاً من باب المجاز في الاسناد لأن البيع سبب لها ، أو من باب الإضمار والمجاز في الحذف فاستند في الاستدلال بالآية على صحة البيع على الدلالة الالتزامية ، فان جواز جميع التصرفات مستلزم شرعاً لثبوت الملك وصحة البيع . ثم وقع في الاشكال من حيث أن جواز التصرفات تكليفاً لازم أعم للملك ، ولذا قالوا بثبوته الملك ، ولم يتخلص من الاشكال .

ونقول : يمكننا تقريب الاستدلال بالآية بوجهين ، وان كان ثانيهما تقريباً وتتميما لكلام المصنف ، وهو خلاف الظاهر في نفسه :

(الأول) ـ ان الحل في اللغة في مقابل العقد والشد ، يقال : « حبل محلول » في مقابل المعقود والمشدود ، وقد ذكر في كتاب أقرب الموارد : « حلّ العقدة من باب نصر نقضها وفتحها ، وحلّ المكان أو بالمكان من باب نصر وضرب حلاً وحلولاً وحلالاً نزل به ، وحلّ امر الله عليه ن ض حلولاً وجب ، وبهما قرىء « فيحلّ عليكم غضبي » . ثم ذكر بعد ذلك : أحلّ الله الشيء جعله حلالاً . ثم ذكر بعده : الحلال (وهو صفة مشبهة على وزن جبان) ما أباحه الله ، وسمي حلالا لانحلال عقدة الحظر عنه ضد الحرام ، والخارج من الإحرام » .

فما ذكره هذا اللغوي موافق لما استظهرناه ، وهو يجتمع مع كل من الحلية التكليفية والوضعية بحسب اختلاف الموارد ، فاذا أسند في كلام الشارع الى الافعال

أو الموضوعات الخارجية يراد به الحلّ من حيث التكليف وعدم العقاب ، وإذا اسند الى الاعتبارات العرفية يراد به ـ بمناسبة الحكم والموضوع ـ الصحة والنفوذ كما أن الحرمة أيضاً يراد بها الفساد إذا اسندت اليها . وعليه فالآية الشريفة بالمطابقة تدل على صحة البيع وإمضائه .

وأما ما ذكره شيخنا المحقق من كون « أحلّ » في الآية بمعنى (أقرّ) لأنه مأخوذ من الحل بمعنى الحلول ، فهو ـ وان كان صحيحاً لغة كما عرفت ، فان الحل يستعمل بمعنى الاستقرار والثبوت في مقابل الارتحال ، فتارة يتعدى بنفسه فيكون مصدره الحل يقال « حلّ المكان حلاً » أي استقر فيه ، وأخرى يستعمل لازماً فيتعدى بالباء أو لفظة « في » ، فيقال « حلّ بالمكان أو فيه » ، فيكون مصدره الحلول على مقتضى القاعدة ، وقد استعمل منه أحلّ كما في قوله سبحانه : « أحلّوا قومهم دار البوار » أي أقرهم فيها ـ إلا أن ظاهر أحلّ في الآية خصوصاً بملاحظة مقابلته مع « حرم الربا » هو الحل في قبال العقد لا الثبوت والقرار ، وإلا لكان المناسب مقابلته بالإزالة ، فيقول : وأزال الربا . هذا مع أنه أريد به ذلك في أغلب موارد استعمال هذا اللفظ كقوله تعالى : « احلّ لكم ليلة الصيام » وقوله تعالى : « احلت لكم بهيمة الأنعام » وقوله تعالى : « لم تحرم ما أحلّ الله لك » الى غير ذلك . وقد ذكر في (أقرب الموارد) أن معنى أحلّ إذا اسند إلى الشارع جعله حلالاً . وبالجملة فظاهر الآية المباركة الحلّ بمعنى الإمضاء ، فالمطابقة تدل على نفوذ البيع .

(الثاني) ـ ما يرجع الى تتميم كلام المصنف وان كان خلاف الظاهر في نفسه ويمكن تقريبه بوجهين :

« أحدهما » ـ التمسك بالدلالة الالتزامية العقلية ، بأن يقال : إن جواز جميع التصرفات مستلزم لثبوت الملك لأن بعضها يتوقف على الملك ، فمن جوازه يستكشف

الملك شرعاً . ويرده أن جواز التصرف المتوقف على الملك يكشف عن الملك قبله آناًما ، وأما من أول الأمر فلا كاشف عنه أصلاً . وأما ما نسبة (شيخنا المحقق إلى (الآخوند) في حاشيته في تقريب حصول الملكية من أول الأمر بما حاصله : إن فعلية جواز جميع التصرفات من حين العقد تستلزم فعلية الملك ، فانه يجوز لهذا الشخص أن يتصرف في هذا المال فعلاً على الفرض ، وكل من جاز له التصرف فهو مالك فعلاً ، فهذا مالك فعلاً . (ففيه) أن جواز التصرف من حين تحقق العقد ـ وإن كان فعلياً ـ إلا أنه لا يستلزم فعلية الملك ، لأن متعلقه هو التصرف المستلزم لحصول الملك قبله آناماً ، فمرجعه الى أنه يجوز له فعلاً أن يملك فيتصرف وهذا الجواز غير مستلزم لفعلية الملك كما لا يخفى .

ثم انه ربما يقال : بأنه لا يستفاد من الآية المباركة جواز جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك ، بدعوى أن موضوع جواز التصرف هو الملك ، والحكم لا يثبت موضوعه ، بل ربما يدعى أن دليل توقف الوطء مثلاً على الملك يقتضي حصر جواز التصرف المستفاد من الآية بغير التوقف على الملك ، ولكنه يندفع (أولاً) بأنه بعد ما استظهر من الآية اباحة التصرفات المترتبة على البيع لا نشك في أن أظهر مصاديقها عرفاً هو التصرفات المتوقفة على الملك ، فان العقلاء يرتبون على البيع من التصرفات مالا يرتبونه على غير البيع من الإباحة ونحوها ، كما في موارد الضيافة وتقديم الطعام الى الغير ، وهذا أمر ظاهر . (وثانياً) إن الحكم وان كان لا يثبت موضوعه خارجاً وأما كشفه عن وجوده فلا مانع منه كما في المقام ، وعليه فتكون الآية كاشفة عن تحقق الملك ، فلا يعقل كون دليل التوقف مخصصاً للحكم المستفاد منها .

« ثانيهما » ـ التمسك بالدلالة الالتزامية العرفية ، فان الحكم بجواز التصرف في الثمن أو المثمن تكليفاً ظاهر عرفاً في امضاء البيع ، كما أن المنع عن التصرف فيه

قوله (ره) : وجه التمسك بقوله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض ...) الخ (١) .

قوله (ره) واما قوله (ع) الناس مسلطون على اموالهم الخ (١)

ظاهر عرفاً في فساده ، كما استظهرنا ذلك من قوله عليه السلام : « ثمن العذرة سحت » . والسر في ذلك أن إباحة التصرف إذا كانت بعنوان المالكية ومترتبة على الملك فهي عبارة اخرى عن إمضاء الملك ، ولا يقاس هذه باباحة التصرف لابذاك العنوان ، وقد رتب حل التصرف في الآية الكريمة على البيع ، فظهوره في الإمضاء عرفاً غير قابل للانكار .

(١) تقريب الاستدلال به على نحوين كما عرفت في الآية المتقدمة ، لأن الأكل في الآية كناية عن التملك لا الأكل الخارجي ، فنهى سبحانه عن تملك الأموال بالأسباب الباطلة إلا أن تكون تجارة عن تراض ، فيجوز التملك بها ، فحينئذ إن قلنا بأن الجواز اذا استند الى الاعتبارات العرفية يراد به الصحة فتدل الآية بالمطابقة على صحة ذلك . وإن قلنا بأنه ظاهر في الجواز التكليفي فبالدلالة الالتزامية العرفية تدل عليها على ما عرفت في الآية السابقة .

ثم لا يخفى أن ما حكي عن الغنية من دعوى الإجماع على أن المعاطاة ليست بيعاً فهو مكابرة للوجدان ، فان القائل بعدم افادتها الملك أيضاً لا ينفي صدق البيع عليها عرفاً . ومن هنا حمل كلامه على نفي الصحة أو اللزوم .

(٢) هذه الرواية ضعيفة السند والدلالة : أما من حيث السند فلأنها نبوية محكية في البحار ولم تنقل في الاصول المعتبرة ، ودعوى انجباره بعمل المشهور واهية لعدم احراز استناد المشهور اليها وان ذكروها في مقام الاستدلال على انا بينا في بعض مباحث الاصول أن مجرد عمل المشهور لا يكون جابراً لضعف الرواية ما لم يرجع الى توثيق رواتها ، وإذا رجع إلى ذلك يكفي عمل بعضهم أيضاً .

قوله (قده) : « مستلزم لتأسيس قواعد جديدة » ـ الخ : (١)

وأما من حيث الدلالة فلأن محتملاته ثلاثة :

(الأول) ـ أن يكون ناظراً إلى سلطنة المالك على ماله حتى من حيث أن الناس مسلطون على أموالهم ، ولو بنقل أموالهم بكل سبب من أسباب النقل ولو كان مجعولاً من المتبايعين ، فيعم ما إذا تبانى شخصان على انتقال مال كل منهما إلى الآخر إذا دخلا المكان الفلاني مثلاً ، فيكون نافذاً بعموم النبوي .

(الثاني) ـ أن يكون ناظراً إلى السلطنة من حيث أنواع التصرفات ، فاذا شك في جواز بعض التصرفات من اكل أو شرب أو إيجار شيء مثلاً يلتزم بجوازه بمقتضى النبوي ، وهذا الاحتمال مختار المصنف « قده » .

(الثالث) ـ أن يكون ناظراً إلى سلطنة المالك من جهة إضافة المال إليه في مقابل الحجر لا من حيث سائر الأحكام الشرعية التي لا ربط لها بحيثية إضافة المال إلى مالكه ، فمفاد النبوي أن سلطنة الناس على أموالهم من حيث إضافتها اليهم تامة فلا تتوقف تصرفاتهم المشروعة النافذة على اذن الغير وإجازته . وعليه فكلما احتملنا دخل إجازة الغير في صحة عقد بعد ثبوت جوازه تكليفاً ووضعاً ـ كما احتملوا اعتبار إذن الزوج في هبة الزوجة أموال نفسها إلى الغير ـ يدفع ذلك بالنبوي .

والظاهر من الاحتمالات هو الأخير دون الاحتمالين الأولين ، ومن هنا لم يتمسك به أحد على جواز أكل مايشك في حليته من أجزاء الحيوان المملوك ، ولا على حلية اكل لحم الأرنب المملوك مثلاً . وسر ذلك ما بيناه من عدم كون النبوي ناظراً إلى الأحكام الشرعية التي يشك فيها من غير جهة اضافة المال إلى مالكه ، فالنبوي أجنبي عما نحن فيه ، فالاستدلال إنما يكون بالوجوه الثلاثة المتقدمة .

(١) لو تنزلنا عما بيناه من الاستدلال على افادة المعاطاة الملك من حين حدوثها بالسيرة والآيتين فهل يمكن اثبات ذلك بما حكاه المصنف عن كاشف الغطاء

قوله (قده) : « منها أن العقود » ـ الخ (١) .

من الاستبعادات ، بأن يقال بعد الفراغ عن بطلان القول بفساد المعاطاة رأساً وعدم ترتب الأثر عليه أصلاً حتى الاباحة المجردة عن الملك : ان امرها يدور بين إفادة الملك من أول الأمر او اباحة التصرف ، فاذا كان الثاني مستلزماً لتأسيس قواعد جديدة لم تكن مؤسسة في الشريعة المقدسة تعين الأول ، وسنبين توضيح ذلك انشاء الله تعالى .

(١) هذا هو الوجه الأول من وجوه الاستبعاد ، وحاصله : ان ترتب الاباحة على المعاطاة مستلزم لوقوع مالم يقصد وعدم وقوع ماقصد ، وهو مناف للقاعدة المسلمة ـ أعني تبعية العقود للقصود .

وقد أجاب عنه المصنف حلاً ونقضاً :

أما الحل فحاصله : ان المعاطاة عند القائل بالإباحة المجردة ليست من العقود الممضاة شرعاً ، ليكون الحكم بصحتها مع عدم ترتب الأثر المقصود عليها مستحيلا ، بل هي معاملة فعلية لم يدل على صحتها دليل ، وانما حكم فيها بالاباحة بدليل خاص دل عليها .

وأما النقض فنذكر فيه موارد قد زعم تخلف العقد فيها عن قصد المتعاقدين فليس ذلك أمراً مستنكراً في الشريعة :

(أحدها) ـ العقد الفاسد ، فان العلماء أطبقوا على كونه مؤثراً في الضمان بالمثل أو القيمة السوقية فيما اذا كان ممايضمن بصحيحه ، وعللوه بأن المتعاقدين أقدما على الضمان مع أنهما لم يقصدا إلا الضمان بالمسمى ، فتخلف المقصود عما وقع .

(ثانيها) ـ الشرط الفاسد بناءً على عدم كونه مفسداً ، فان المعاملة حينئذ لم تقصد إلا مقرونة به ووقعت مجردة عنه .

(ثالثها) ـ بيع ما يملك ومالا يملك كبيع الشاة والخنزير ، أو بيع مال نفسه

ومال غيره مع عدم إجازة مالكه ، فانه صحيح في خصوص المملوك مع أن ماقصد إنما هو بيع المجموع .

(رابعها) ـ بيع الغاصب لنفسه ، فانه يقع للمالك اذا أجاز .

(خامسها) ـ ترك ذكر الأجل في عقد النكاح نسياناً اذا كان المقصود به الانقطاع ، فانه ينقلب دائماً .

ونقول : أما ماذكره في الحل فالأولى تتميمه بأن يقال : إن القائل بالاباحة ان أراد ترتبها الى الأبد فما أفاده في ذلك متين جداً ، لأن الواقع حينئذ ليست اباحة مالكية مستندة الى صحة العقد وانما هي اباحة شرعية ثابتة بدليل خاص .

وإن أراد ثبوتها الى زمان التصرف المتوقف على الملك فيثبت الملك قبله آناًما ، فيكون المقصود ، وهو الملك واقعاً ولم يقع غيره ، غاية الأمر تأخر امضاؤه شرعاً لاشتراطه بالتصرف كاشتراط الملك بالقبض في بيع الصرف . والفرق بين الموردين ان التصرف في بيع الصرف غير جائز قبل القبض ، وفيما نحن فيه ثبتت الاباحة الشرعية قبل التصرف . ولاينافي ذلك تبعية العقود للقصود لأن التخلف انما يكون بحصول خلاف المقصود بعد إمضاء المعاملة .

وأما النقوض فشيء منها غير وارد :

(أما الأول) فلأن الاقدام ليس من موجبات الضمان ليلزم التخلف ، ولذا لا يثبت الضمان في نفس الفرض اذا كان التلف في يد المالك ، وانما الموجب له اليد اذا لم تكن مجانية ، كما في الإجارة والعارية والوديعة ونحو ذلك ، لقوله عليه السلام : « على اليد ما اخذت حتى تؤدي » . وأما ذكر الاقدام في المسالك فليس للاستدلال به مستقلاً وإنما هو تتميم الاستدلال باليد وبيان عدم كونها مجانية .

(وأما الثاني) فيرده أن الشرط إن رجع الى العقد بحيث قصد تعليقه عليه فهو مفسد للعقد ـ سواء كان فاسداً أو لم يكن ـ لأن التعليق في العقد والايقاع

موجب للفساد إلا في الوصية والتدبير بلاخلاف وفي موارد اخر على كلام فيها ، وان لم يرجع الى العقد فالعقد مطلق بالاضافة اليه ولم يقصد اقترانه به ، وانما يكون الوفاء والالتزام بالعقد مشروطاً به ، فان كان الشرط صحيحاً موافقاً للكتاب يجب الوفاء به بمقتضى النصوص وتخلفه يوجب الخيار ، وان كان فاسداً فالوفاء به غير واجب قطعاً ، لما ورد من أن شرط الله أسبق ، فيخصص عموم قوله عليه السلام: « المؤمنون عند شروطهم » بما اذا لم يخالف الكتاب والسنة . وأما استلزام تخلفه الخيار ففيه كلام ، والمختار ذلك على ما سيأتي توضيحه إنشاء الله تعالى .

(وأما الثالث) فالجواب عنه أن البيع المتعلق بمايملك ومالا يملك منحل الى بيعين قد انشئا بانشاء واحـــد ، فاذا قال البائع : « بعتك الشاة والخنزير بعشرين » فكأنه قال: « بعتك الشاة بعشرة والخنزير بعشرة » فيما اذا كانت قيمتهما متساوية فصحة البيع في أحدهما وفساده في الآخر لايوجب تخلف ما قصد عما وقع ، وانما يوجب تخلف الانضمام الذي هو شرط ضمني ، فيثبت خيار تبعض الصفقة .

(وأما الرابع) فيرده أن تعيين المالك في البيع ليس من أركانه لأنه تبـديل بين المالين ، ومن هنا لا يكون السؤال عن المالك متعارفاً في مقام البيع والشراء . نعم لتعيين الطرفين دخـل في النكاح كما هو واضح . وعليه فقصد الغاصب البيع لنفسه يكون قصداً أجنبياً عن البيع ، فكيف يوجب تخلفه تخلف العقد عن القصد .

(وأما الخـامس) فترك ذكر الأجل في العقد المقصود به الانقطاع يتصور على وجهين :

« احدهما » ـ أن ينسى قصد الانقطاع حين العقد فيقصد به الدوام . وفي هذا القسم يتحقق النكاح الدائم ولا يلزم منـه تخلف العقد عن القصد لتعلقه حين العقد بالدوام ، وانما كان من قصد المتعاقدين الانقطاع قبل ذلك فنسياه . ونظيره ما اذا خرج أحد من داره قاصداً شراء اللبن فاذا وصل الى السوق نسي فاشترى

قوله (قده) : « منها أن يكون ارادة التصرف من المملكات »(١) .
قوله (قده) : « ومنها ان الأخماس » (٢) ،

جبناً فهل يمكن في مثله القول بأن ما وقع لم يقصد وأن ما قصد لم يقع وعلى هذا القسم تحمل الأخبار وما في كلمات بعض الفقهاء من انقلاب العقد دائماً .

« ثانيهما » ـ أن يقصد الانقطاع حتى حين العقد ويتعلق به الاعتبار ، غاية الأمر وقع الاشتباه في اللفظ فقط فلم يذكر الأجل . وفي هذا الفرض لا مناص من القول بالبطلان ، لأن ما اعتبر لم ينشأ وما أبرز لم يكن معتبراً .

(١) اجاب عنه « قده » بما حاصله : نفى البعد عن ذلك إذا اقتضاه الدليل أو ضم دليل إلى آخر ، فان الجمع بين دليل جواز مطلق التصرفات وبين ما دل على توقف جملة منها على الملك يقتضي حصول الملك ، فاذا انضم اليهما استصحاب عدم تحققه إلى زمان التصرف ثبت كون التصرف موجباً له . ونظيره تصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه بما يتوقف على الملك . وبهذا ظهر الحال في مملكية التلف ، فانه كاشف عن ثبوت الملك قبله آناما على ما يقتضيه الجمع بين الأدلة ـ أعني الاستصحاب والاجماع على ثبوت الضمان بالمسمى عند التلف لا المثل أو القيمة . فاذاً لا وجه لقوله قدس سره في التلف القهري : « ان ملك التالف » ـ الخ .

(٢) ما ذكره المصنف في الجواب عن تعلق الأخماس والزكوات والاستطاعة ووجوب النفقات إلى آخرها بما في اليد مع العلم ببقاء مقابله في ملكه اما وجداناً واما تعبداً بأصالة عدم التصرف فيه غير خال عن التشويش . والذي ينبغي أن يقال : إن بعض تلك الأمور غير متوقفة على الملك ، كوجوب الانفاق فانه متوقف على ملك التصرف ، ولذا يجبر على الانفاق بمجرد ذلك وان لم يملك العين وهكذا اداء العين وكذلك الاستطاعة ، فانها قد تحصل بالبذل وقد تحصل بالملك وقد تحصل باباحة التصرف .

وأما المقاسمة فالمراد بها حق التقسيم ، فان كل شريك له إفراز ماله عن مال صاحبه إذا كان مشاعا ، وإذا امتنع يجبر على الافراز ، فان كان المال بنفسه قابلا للقسمة يقسم وان لم يكن قابـلاً للتقسيم لاستلزامه نقصا في قيمته كما في الجواهر الثمينة أو اعدامها كما في الكوز فيباع ويقسم ثمنه . وقد استبعد « قده » ثبوت هذا الحق للمعطى له فيما اذا باع الشريك حصته منه بالمعاطاة ، مع انه ليس مالكاً ولا شريكاً في المال على القول باباحة التصرف . والجواب عنه ان حق التقسيم غـير متوقف على الملك ، بل يثبت باباحة التصرف ايضاً ، فانه من جملة التصرفات .

وأما حق الشفعة فاستبعد « قده » ثبوته فيما اذا باع أحـد الشريكين حصته بالمعاطاة لعدم تبدل في المالك أصلاً ، وإنما ابيح التصرف بسبب المعاطاة كما قـد يباح بالاذن ، وهكذا يستبعد ثبوته للمعطى له فيما اذا باع الشريك الآخر حصته من شخص آخر مع عدم كونه مالكاً ولا شريكـاً . والجواب عن ذلك انه اذا قامت السيرة على ثبوت الشفعة في المعاطاة فهي المرجع والمستند تبـدل المالك أو لم يتبدل ، والا فلا نقول بها .

وأما الربا فهو إنما يوجب الفساد في البيع لاعتبار أن يكون مثلاً بمثل ، واما الزيادة فى إباحة التصرف فلم يقل أحد بكونها مفسداً ، كما اذا أباح أحد للآخر التصرف في (منّ) من الحنطة والآخر أباح له التصرف في (منين) ، فان ذلك لا يكون فاسداً ، ولذا استبعد ثبوته فى المعاطاة في فرض عدم إفادتها سوى إباحة التصرف . والجواب عنه أن الفساد في المقام ليس من جهة كون الزيادة فيما يباح فيه التصرف ربآ ، وانما هو من جهة أن مورد الكلام في المعاطاة التي قامت السيرة على ثبوت الاباحة فيها هي المعاطاة الجامعة لجميع مايعتبر في صحة البيع سوى اللفظ فلا يعم المعاطاة الفاسدة من سائر الجهات ، كما اذا كان أحد المتعاطيين مجنوناً او سفيهاً او صغيراً او كان البيع غررياً . ومن الظاهر ان الربا فى البيع موجب لفساده

قوله (ره) : « وأما حصوله في يد الغاصب . . . » (١) .

فاذا ثبت في المعاطاة تفسد من جهة عدم اشتمالها على ما يعتبر في صحة البيع .

وأما الغنى فهو عبارة عن القدرة على إمرار المعاش بأيّ نحو كان ولو بإعالة الغير إياه ، ويقابله الفقر كما هو واضح . واما الخمس فان قام على تعلقه بالمأخوذ بالمعاطاة دليل من سيرة المتشرعة على تفسيق تاركه او غير ذلك نقول به وإلا فلا نقول بوجوبه فى ذلك .

ثم الظاهر ان مراد كاشف الغطاء من مورد تعلق الخمس ما اذااشترى احد ما يساوي ألف درهم مثلاً بعشرة دراهم فبقي عنده الى آخر السنة ولم يحتج الى صرفه فى مؤنة سنته لاستغنائه عنه فيجب عليه اخراج خمسه مع عدم كونه ملكاً له. وليس المراد ما زعمه (شيخنا المحقق) فى حاشيته من فرض التكسب بالمعاطاةمراراً عديدة الى آخر السنة ووجوب الخمس فيما زاد له من ربحها ، فأشكل عليهبكونه مسبوقاً بالتكسب والتصرف في المال ، وهو للملك .

وأما الزكاة فإن كان المأخوذ بالمعاطاة بمقدار النصاب وكان مالكه مكلفاً بها فتعلقها بالمال ثابت بغير إشكال ، غاية الأمر يكون هناك بحث علمي في ان المكلف بالاخراج هوالمالك أو المعطى له ؟ وأما اذالم يكن ما أخذه بالمعاطاة بنفسه بحد النصاب وانما بلغ الحد بضمه الى ما كان يملكه قبل ذلك أو كان في نفسه بحد النصاب ولكن لم يكن مالكه مكلفاً بالزكاة لصغر أو جنون وقد أخذه من وليه ، فحينئذ إن لم يقم دليل على وجوب الزكاة فيه فلا نقول به ، والا فهو المرجع في ذلك .

وبما ذكرناه ظهر الجواب عن سائر الامور المذكورة في المقام .

(١) الظاهر أنه يجوز مطالبة العين من الغاصب لكل من المالك والمعطى له قبل التلف ، أما المالك فلكونه مالكاً ، وأما المعطى له فلكونه مأذوناً في التصرف

قوله (ره) : « ومنها أن النماء الحادث ... » (١) .
قوله (ره) :« أوفقها بالقواعد هو الأول... » (٢) .

والمطالبة من التصرف . وأما بعد التلف فيضمن الغاصب للمعطى له فقط لدخول العين في ملكه قبل التلف آناًما ، إذ لا فرق في ذلك بين أن يكون التلف في يـد المعطى له أو يد غيره .

(١) نقول : إن ثبت دليل من سيرة أو غيرها على انتقال الفرع أو مع أصله الى ملك المعطى له بحدوث النماء فنلتزم به ، ويكون حدوث النماء كالتصرف والتلف وإلا فالنماء بحكم الأصل من حيث جواز التصرف فيه إن قام على تبعيته دليل ، وإلا فلا يجوز تصرف المعطى له في النماء . هذا كله بناءً على مايظهر من كلام المصنف «قده» من عدم استناد الملك الى المعاطاة اصلا ، وأما بناء على إفادته الملك بعد التصرف أو بعد التلف مثلا بنحو الشرط المتأخر لتوهم قيام الإجماع على عدم الملك من أول الأمر ، فاندفاع كثير مما ذكره بعض الأساطين في غاية الوضوح . وعليه فلامانع من الالتزام بملكية النماء وأصله من أول حدوثه ، إذ لابد من الاقتصار في الخروج على القدر المتيقن ، وهو صورة عدم حدوث النماء ، وأما فرض حدوثه فيبقى تحت العام . فالانصاف أن شيئاً من المذكورات لا يستلزم تأسيس قواعد جديدة ليلزم الفرار منه الالتزام بثبوت الملك فى المعاطاة من أول الأمر ، إلا أن فى الوجوه الثلاثة المتقدمة كفاية فى ثبوت المطلوب .

(٢) هذا هو المقام الثاني الذي لابد من التكلم فيه ، وهو لزوم الملك الثابت بالمعاطاة ، وتفصيل الكلام فى ذلك هو أن العقود بعضها جائزة تنحل بالفسخ ، كعقد الوكالة والوديعة والعارية ونحو ذلك ، وبعضها لازمة لا تنحل بذلك كالبيع والإجارة ، فاذا شككنا في جواز عقد وانفساخ نتيجته بفسخ أحد المتعاقدين وعدمه فالمعروف أن الأصل يقتضي لزومه وبقاء نتيجة العقد .

هذا ، ومع قطع النظر عما اخترناه من عدم جريان الاستصحاب فى الأحكام الكلية يقع البحث في هذا الاستصحاب من جهات: « الاولى » - فى أن الاستصحاب فى المقام شخصي او كلي . « الثانية » - فى انه لو كان كلياً فهل يكون جارياً او غير جار . « الثالثة » - فى بيان ما هو الوظيفة اذا شككنا فى ذلك . وجميع الجهات الثلاث مستفادة من كلام المصنف - قدس سره - مع اختصاره :

(اما الجهة الاولى) فالظاهر ان الاستصحاب شخصي ، لأن اللزوم والجواز ليسا من الخصوصيات المصنفة للملك ليقال : إن الحادث إنما هو الملك المشترك بين الجائز واللازم . وانما الملك سنخ واحد ، وهما من احكامه المترتبة عليه بحسب اختلاف الموارد ، كالهبة الى الرحم وإلى الأجنبي اذا لم يقصد بها القربة ، او اختلاف الأسباب كالتمليك بالهبة او بالصلح ، مع ان المنشأ فى جميع الموارد شيء واحد وهو الملك الدائم . والشاهد على ذلك ماذكره بقوله قدس سره : « ويدل عليه...الخ » . وحاصله : ان اللزوم والجواز لو كانا من الخصوصيات فتخصيص الطبيعي باحدى الخصوصيتين إن كان باعتبار المالك لزم التفصيل بين الموارد بقصد المالك الجواز او اللزوم، وهو بديهي البطلان ، مع ما عرفت من انه فى جميع الموارد على نهج واحد ، وإن كان بامضاء الشارع لزم تخلف ما وقع عما قصد ، وهذا متين جداً .

بل التحقيق ان يقال : إن القسم الثاني من الاستصحاب الكلي متقوم بكون الحادث مردداً بين حقيقتين شخصيتين او نوعيتين ، او غيرهما يكون اثر احداهما البقاء واثر الاخرى الارتفاع ، واما مجرد الشك فى البقاء فهو مما يتقوم به اصل جريان الاستصحاب ، فمورد الاستصحاب الكلي ما اذا علمنا مثلا بدخول انسان فى الدار مردداً بين كونه زيداً وقد خرج وكونه عمرواً فهو باق او يحتمل بقاؤه ، او علمنا بنجاسة الثوب وترددت بين الناشئة عن الملاقاة مع البول التي تبقى بعد

قوله (ره) : « كفاية تحقق القدر المشترك ... » (١).

الغسل مرة واحدة والناشئة عن ملاقاة الدم التي تزول بذلك ، او علمنا بالحدث المردد بين الأكبر والأصغر . واما اذا لم يكن الحادث مردداً بين حقيقتين ـ كما اذا علمنا بأن النجاسة حادثة بسبب الملاقاة مع الميتة ولكن شككنا في بقائها بعد الغسل مرة واحدة للشك فى كونها ملحقة بالنجاسة البولية او ملحقة بالنجاسة الدموية ـ فليس من موارد الاستصحاب الكلي ، فان الشك فى البقاء غير الترديد ، بل لابد وان يستصحب شخص النجاسة المتيقنة ، فيكون الاستصحاب شخصياً .

وما نحن فيه من هذا القبيل ، فان المفروض ان الملك حادث بالمعاطاة ، ولا ترديد فى حقيقته ، وانما الشك فى ان المعاطاة جائزة كالهبة او لازمة كالبيع اللفظي فلا محالة يستصحب بقاء شخص الملك . نعم اذا شككنا في كون العقد الواقع صلحاً لازماً او هبة جائزة كان الحادث مردداً بين حقيقتين ، وكان من موارد جريان الاستصحاب الكلي .

(١) هذه هي الجهة الثانية وظاهر المصنف جريان استصحاب بقاء الملك ولو فرض كون اللزوم والجواز من الخصوصيات وكان الاستصحاب كلياً . واشكل عليه المحقق الخراساني فى حاشيته بأن الشك فى البقاء حينئذ من الشك فى المقتضي ، وهو « قده » يرى عدم جريان الاستصحاب فيه (وفيه) ان ما اراده ـ قدس سره ـ من الشك فى المقتضى على ما يظهر من مجموع كلماته ان يكون احتمال ارتفاع الحادث لمجرد مرور الزمان مع قطع النظر عن حدوث اي زماني فى العالم ، كالشك فى ارتفاع علقة الزوجية فى النكاح المردد بين الانقطاع والدوام ، او انقضاء مدة الإجارة من جهة الشك في مقدارها المجعول فى العقد او نحو ذلك ، والا فإن كان احتمال الارتفاع مستنداً الى حدوث زماني آخر فهو من الشك فى الرافع ، والمقام من هذا القبيل ، فان احتمال ارتفاع الملك انما هو من جهة احتمال رافعية الفسخ له كما هو ظاهر .

قوله (ره) : «مع انه يكفي الاستصحاب . . .» (١) .

نعم أورد على الاستصحاب الكلي إيرادان نتعرض لهما مقدمة لبيان عبارة المصنف - قدس سره - في الجهة الثالثة كما ستعرف :

(أحدهما) - عدم اتحاد القضية المتيقنة والمشكوك فيها ، فان ما يحتمل بقاؤه إنما هو الفرد الطويل ولم يتعلق المتيقن بحدوثه وانما تعلق بالفرد المردد ، فمتعلق اليقين والشك أمران . وفيه ان اليقين لم يتعلق بشيء من الخصوصيتين وإنما تعلق بنفس الكلي ، ولذا ينفي المتيقن تعلق علمه بتحقق كل من الخصوصيتين ، بل يرى بالوجدان أنه شاك في ذلك . ومن الظاهر أن المتيقن غير المشكوك فيه ، كما أن الشك أيضاً متعلق ببقاء الجامع .

(الثاني) - أن الشك في بقاء الكلي مسبب عن الشك في حدوث الفرد الطويل فاستصحاب عدم حدوثه حاكم عليه . وفيه أن الشك ليس في حدوث الفرد الطويل ليستصحب عدمه ، وانما الشك في أن الحادث أيّ شيء هو ؟ ومن الواضح ان استصحاب عدم كونه من الفرد الطويل أزلاً معارض باستصحاب عدم كونه من القصير كذلك ، وتفصيل الكلام في ذلك موكول الى محله . وعليه فالقسم الثاني من الاستصحاب الكلي يكون جارياً مع قطع النظر عما ذكرناه من الإشكال في استصحاب الأحكام الكلية مطلقاً ، فلا مانع من الرجوع اليه في المقام .

(١) هذه هي الجهة الثالثة من الكلام ، وهي فيما اذا لم نحرز كون استصحاب بقاء الملك من الاستصحاب الشخصي أو الكلي وشككنا في ذلك بعد البناء على عدم جريان الاستصحاب الكلي لأحد الوجهين المتقدمين ، وقد ظهر الحال فيها بما بيناه فان المنع عن جريان الاستصحاب الكلي إن كان مستنداً الى الوجه الأول فالاستصحاب غير جار اذا لم يمكننا احراز كون الاستصحاب شخصياً ، لأن التمسك بحديث «لا تنقض اليقين بالشك» حينئذ من قبيل التمسك بالعام في الشبهة

المصداقية . وان كان المستند هو الوجـــه الثاني ـ أعني وجود الأصـــل الحاكم ـ فاستصحاب بقاء الكـــلي جار في الفرض ، لعدم الأصل الحاكم فيه ، والحكومة الظاهرية متقومة بالوصول ، ولا يكفي وجوده الواقعي في رفع اليد عن الأصل المحكوم

وبعبارة واضحة : اذا كان منشأ المنع عن جريان الاستصحاب الكلي الوجه الأول فالشك يكون في المقام في تحقق موضوع الاستصحاب فلا يجري ، وان كان هو الوجه الثاني فالشك يكون في المانع ، وهو في حكم العدم . والى هذا الوجه نظر المصنف بقوله : « مع انه يكفي في الاستصحاب الشك فى أن اللزوم من خصوصيات الملك » الى آخر ما افاد .

والحاصل أنه بعد البناء على المنع عن الاستصحاب الكلي لأحد الوجهين من عدم إحراز اتحاد القضيتين وحكومة أصالة عدم حدوث الفرد الطويل ذهب المصنف الى جريان الاستصحاب فيما اذا شك في كونه شخصياً او كلياً ، حيث قال : « مع انه يكفى في الاستصحاب الشك » ـ الخ . وقد ذكرنا أنه ناظر الى ثاني الوجهين حيث أن الحكومة الظاهرية متقومة بالوصول وفي فرض الشك ليس الأصل الحاكم محرزاً ليمنع الرجوع الى المحكوم .

هذا وقد وجه المحقق النائيني « ره » بأنه إنما لايجوز التمسك بالعام في الشبهة المصداقية فيما إذا كان المخصص المنفصل لفظياً ، وأما اذا كان عقلياً فلا مانع من الرجوع اليه وفي المقام لم يرد مخصص لفظي دال على خروج الاستصحاب الكلي عن قوله عليه السلام : « لا تنقض اليقين بالشك » ، وانمـــا العقل خصصه بذلك لأحد الوجوه المذكورة ، فاذا شك في كون الاستصحاب كلياً او شخصياً يرجع الى اطلاق « لا تنقض اليقين بالشك » .

وفيه بعد تسليم ما افاده من الرجوع الى العام في الشبهة المصداقية إذا كان المخصص لبياً ـ وان كان لنا كلام فى ذلك تعرضنا له في بحث العام والخاص ـ

قوله (ره) : (فلا اشكال في أصالة اللزوم...) (١) .
قوله (ره) : (نعم لو تداعيا احتمل التحالف ...) (٢) .

انه انما يصح ذلك فيما اذا كان المشتبه داخلاً في موضوع العام ذاتاً ، والافلامعنى للرجوع الى العام أصلاً . مثلاً : اذا ورد لعن بني أمية قاطبة واستقل العقل بقبح لعن المؤمن منهم فعلمنا أن المراد من العام غير المؤمن من بني أميـــة ثم شككنا في كون زيد مؤمناً جاز لعنه بمقتضى العموم ، إلا أنه اذا شك في كونه من بني أمية او من غيرهم لا معنى للحكم بجواز لعنه تمسكاً بالعام . وما نحن فيه من هذا القبيل فان موضوع دليل الاستصحاب انما هو عنوان نقض اليقين بالشك ، وهو متقوم باتحاد المتيقن مع المشكوك فيه ليكون رفع اليد عن اليقين السابق مصداقاً لنقض اليقين بالشك ، فاذا لم يحرز ذلك لا محالة يشك في تحقق موضوع الاستصحاب ، فلاربط له بالتمسك بالعام في الشبهة المصداقية . فالصحيح ماذكرناه من ان المصنف ناظر في كلامه الى الوجه الثاني ، فانه هو المهم في المنع عن جريان الاستصحاب الكلي دون الوجه الأول ، فانه واضح الدفع على ما بين فى محله .

وقد تلخص مما تقدم ان استصحاب بقاء الملك جار إما لكونه شخصياً ، وإما لجريان الاستصحاب الكلى ، وإما لكفاية الشك في ذلك .

(١) بناء على المختار من جريان اصالة اللزوم عند الشك في بقاء الملك يكون مدعى اللزوم منكراً لموافقة قوله الأصل ، ومدعي الجواز مدعياً لأنه الذي اذا ترك ترك ، وهذا واضح .

(٢) كأنه ـ قدس سره ـ اراد ان يفرق بين ما اذا كان مصب الدعوى نفس اللزوم والجواز وما اذا كان مصبها ملزوم ذلك كما اذا ادعى احد المترافعين ان التمليك كان بالصلح وقال الآخر انه كان بالهبة فهو جائز ، فأدخل الفرض الثاني في باب التداعي ، لأن الأصل يقتضي عدم تحقق كلا الأمرين وبالمعارضة يسقطان إلا ان الظاهر لحوقه بالفرض الأول .

قوله (ره) : عموم قولهم « الناس مسلطون » (١) .

(اما اولاً) فلأن الميزان في تعيين المدعي والمنكر إنما هو بموافقة الأصل ومخالفته مع احد المترافعين فيما له دخل بمورد النزاع لا في مصب الدعوى مطلقا وان كان اجنبياً عن ذلك . وفى المقام مورد النزاع هو اللزوم والجواز ، واما السبب فلا اثر له في ذلك ، وقد عرفت موافقة الأصل في ذلك للقائل باللزوم .

(وثانياً) ـ أن الأصل من حيث مصب الدعوى أيضاً مع مدعى اللزوم وذلك لأن استصحاب عدم تحقق الصلح مثلاً غير جار في نفسه ، لعدم ترتب أثر عليه في فرض تحقق الملك الا باعتبار مثبته وهو تحقق الهبة ، فان اثر عدم تحقق الصلح انما هو عدم ثبوت الملك اللازم لا جواز الرجوع بعد فرض تحقق الملك كما هو المفروض . وهذا بخلاف أصالة عدم تحقق الهبة ، فانه يترتب عليه اللزوم ، لأن جواز الرجوع انما رتب على عنوان الهبة ، فينتفى بانتفائه فيجري بلا معارض .

ثم إن المصنف حكى عن بعض من ينكر استصحاب الملك الرجوع الى أصالة بقاء علقة المالك الأول في المال . ولعله لم يجب عن ذلك لوضوحه ، فانه إن اريد بالعلقة العلقة الملكية فهى مرتفعة قطعا ، وان اريد بها حق الرجوع فهو أمر مغاير للملك ، ولم يكن ثبوته متيقناً ليستصحب إلا أن يستصحب كلي العلقة ، وهو من القسم الثالث من استصحاب الكلي الذي لم يقل بجريانه أحد فيما نعلم .

(١) هذا هو الوجه الثاني مما استدل به على أصالة اللزوم . وقد تعرض المصنف في المقام لدفع توهم ، وهو أن غاية ما يستفاد من الحديث سلطنة كل انسان على ماله لا على مال غيره ، وبعد الرجوع لا يعلم كون المال ملكاً للمالك الثاني الا بالاستصحاب ، فيرجع الى الوجه الأول .

وحاصل الدفع أن المستدل إنما يستدل به لما قبل الرجوع ، فان إرجاع مال الغير بدون رضاه مناف لسلطنته المطلقة . وهذا الدفع ـ وإن كان متيناً ـ إلا أنه

قوله (ره) : جواز التمسك بقوله « لا يحل » (١) .

قوله : «ويمكن الاستدلال بقوله تعالى «ولا تأكلوا أموالكم» (٢)

مع ذلك لا يمكن التمسك بالحديث ، وذلك لما عرفت من كونه ناظراً الى جهة سلطنة المالك وأنها تامة ، فيجوز له التصرفات التي ثبتت مشروعيتها من دون توقف على اجازة الغير واذنه ما دامت السلطنة باقية ، فلا يستفاد منه السلطنة على إبقاء السلطنة أو إزالتها عن نفسه ، ولذا أشكل على من تمسك به لنفوذ الاعراض.

(١) هذا ثالث الوجوه . والتوهم المتقدم وجوابه جار فيه كما افاده المصنف ، الا أن الاستدلال به أيضاً غير تام ، لما ذكرناه من أن الحل لغة بمعنى الإرسال وفي مقابله الحرمة التي هي بمعنى الضيق ، فاذا أسند الى الاعتبارات العرفية يستفاد منها الحكم الوضعي ، واذا اسند الى الأموال ونحوها يراد بها الحكم التكليفي . وبما ان « لا يحل » في الحديث تعلق بالمال لابد وأن يراد به الحكم التكليفي - أي عدم جواز التصرف في مال الغير بما يناسبه من أكل أو شرب أو لبس - واستظهار الحكم الوضعي منه مع ذلك كما ترى ، محتاج الى مؤونة زائدة على الإضمار أو المجاز في الإسناد الذي لابد من الالتزام بأحدهما . وعليه فلا يعمّ الإنشاءات أصلاً ، لأن نفس الانشاء واللفظ غير محرم قطعاً لعدم كونه تصرفاً في مال الغير ، والإمضاء ليس فعل المكلف فأيّ شيء يكون حراماً .

(٢) أما الاستدلال بذيل الآية - أعني المستثنى - فواضح ، سواء كان الاستثناء متصلاً كما هو الظاهر بأن يكون « بالباطل » علة أو كان منقطعاً وكان «بالباطل» قيداً ، فان الأكل كما ذكرناه كناية عن الاستيلاء بعنوان التملك ، فلا يعم الأكل الخارجي في مورد الضيافة أو الإباحة ونحوها مما لا يكون الأكل بعنوان التملك ، فالمعنى حينئذ لا تتملكوا أموال الناس إلا بالتجارة عن تراض ، ومن الظاهر أن التملك بالرجوع ليس منها .

قوله (ره) : « والتوهم المتقدم غير جار هنا » (١) .

قوله (ره) : « بالجملة المستثنى منها » (٢) .

قوله : وقد يستدل أيضاً بعموم قوله تعالى « أوفوا بالعقود »(٣)

قوله : وكذلك قوله عليه السلام « المؤمنون عند شروطهم »(٤)

---

(١) في بعض نسخ الكتاب سقط كلمة «غير» ، وعدم جريان التوهم المزبور واضح بعد كون الموضوع في الآية هو تملك مال الغير .

(٢) التمسك بصدر الآية مبني على أن يراد من الباطل الباطل العرفي ، وهو فاسد ، فان الباطل كسائر الألفاظ موضوع للباطل الواقعي في قبال الحق الثابت، فهو عبارة اخرى عن الإثم كما في قوله سبحانه : « لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالاثم » . واختلاف الشرع والعرف ـ كما في حق المارة والشفعة مثلاً ـ يكون من الاختلاف في المصاديق ، وعليه فإذا شك في مورد أنه من الباطل أو الحق ـ كما في الرجوع بعد المعاطاة ـ لايمكن الرجوع الى عموم الآية إلا بعد إجراء الاستصحاب فيرجع الى الوجه الأول .

(٣) فان الوفاء بمعنى الإنهاء والإتمام . فالوفاء بالعقد عبارة عن انهائه وعدم فسخه ، والأمر به لابد وأن يكون إرشاداً الى عدم نفوذ الفسخ والرجوع ، للقطع بعدم حرمته تكليفاً فيستفاد منه لزوم المعاطاة . وتوهم اعتبار اللفظ فى صدق العقد واضح البطلان ، فان العقد عبارة عن شدّ أحد الالتزامين وعقده بالآخر سواء كان هناك لفظ أو لم يكن ، فيعم المعاطاة .

(٤) الاستدلال به مبني على أن يكون الشرط بمعنى مطلق الالتزام ، وهو غير ظاهر ، فان الشرط لا يطلق الا على الالتزام المربوط بشيء آخر من عقد وغيره ، ولذا ترى استهجان إطلاق الشرط على العقود مثل الهبة والبيع ونحوهما ، وعليه فلا يعم المعاطاة كما لا يعم الشروط الابتدائية ، فيكون خروجها عن عموم

قوله (ره) : «مثل قوله «البيعان بالخيار» (١) .

قوله (ره) : «إلا أن الظاهر فيما نحن فيه قيام الاجماع» (٢) .

الخبر بالتخصص لا التخصيص . هذا كله في الأخبار العامة .

(١) هذا هو دليل اللزوم في خصوص البيع ، وإنما اخرناه في الذكر لذلك وتقريب الاستدلال به ظاهر . وتوهم عدم صدق مفهوم البيع على المعاطاة فاسد جداً . ولذا حمل - ما حكي في الغنيـة من نفي البيع عن المعاطـاة - على نفي الملك أو اللزوم . وقد ظهر مما مر أن الأصل في الملك مطلقا هو اللزوم لقوله تعالى «إلا أن تكون تجارة عن تراض» وقوله تعالى : «أوفوا بالعقود» ، ويدل على ذلك في خصوص البيع قوله صلى الله عليه وآله وسلم : «البيعان بالخيار مالم يفترقا» - الحديث .

(٢) أما الشهرة فكانت - الى زمان المحقق «قده» - قائمة على عدم افادتها الملك أصلاً ثم ذهب المشهور الى افادتها الملك الجائز ، فهناك شهرتان ، إلا أنا قد بينا في بعض مباحث الأصول عدم حجية الشهرة والا لم يكن وجه للعدول عن شهرة القدماء الى شهرة المتأخرين .

وأما الاجماع فتحصيله - على وجه يستكشف به رأي المعصوم عليه السلام جزماً - ممتنع ، وقد سلم المصنف عدم تحققه على وجه يوجب القطع ، إلا أنه «قده» ذكر أنه مظنون قوياً ، الا أن الظن لا يغني من الحق شيئاً . وأمـا الاجماع المبني على قاعدة اللطف فهو - على تقدير تسليم تحققه - لا يمكن استكشاف رأي المعصوم به ، لما ذكرناه في محله من بطلان اساسه واما الاجماع المنقول فهو ثابت جزمـاً ولكنه غير معتبر ، مضافاً الى ان لازمه القول بعدم الملك ايضاً ، فالحق انها تفيد الملك اللازم ، لعموم الأدلة المتقدمة وعدم ثبوت مخصص لها .

قوله (ره): «من اعتبر مطلق اللفظ...» (١).

قوله (ره): «كان متعارفاً...» (٢)

قوله (ره): «وقد يظهر ذلك من غير واحد...» (٣).

(١) الظاهر وقوع الاشتباه في بيان كلام المسالك، فان الاكتفاء بمطلق اللفظ في اللزوم او اعتبار لفظ مخصوص فيه اجنبي عما نحن فيه وعما حكاه المصنف عن المسالك، وانما هي مسألة اخرى ستتعرض لها في محلها.

ولا بأس بنقل نص عبارة المسالك، فانه قال عند شرح قول المحقق: «سواء كان في الحقير او الخطير» ما نصه: ردّ على بعض العامة، حيث اكتفى بالمعاطاة في المحقرات واقامها فيه مقام البيع، واختلفوا في تحديدها فقال بعضهم مالم يبلغ نصاب السرقة، واحالها آخرون على العرف كرطل الخبز وغيره مما يعتاد فيه المعاطاة، وهو تحكم، والذي اختاره متأخروا الشافعية وجميع المالكية انعقاد البيع بكل ما دلّ على التراضي وعدّه الناس بيعاً، وهو قريب من قول المفيد وشيخنا المتقدم، وما احسنه وامتن دليله إن لم ينعقد الاجماع على خلافه - انتهى.

(٢) من الواضح ان تعارف البيع اللفظي لا يضر ما نحن بصدده من إفادة المعاطاة الملك اللازم.

(٣) إن كان المشار إليه بذلك اعتبار اللفظ في اللزوم - كما ذكره السيدفي حاشيته - فلابد من حمله على سهو القلم من المصنف، لعدم ظهور شيء مما احتمله السيد من الأخبار في ذلك من قوله عليه السلام «إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام» الذي تعرض له المصنف بنفسه بعد ذلك، ولا مما ورد في شراء اطنان من القصب ولا مما ورد في عدم شراء المصحف، وانه يقول «اشتري منك الغلاف والأديم» كما هو ظاهر. هذا مضافاً الى انه لا يناسب الترقي بقوله: «بل يظهر منها ان إيجاب البيع باللفظ كان متعارفاً»، فان تعارف البيع اللفظي بين التجار لا يسوى

قوله (ره) : «بل ينكرون على الممتنع . . . »(١) .

قوله (ره) : «قد بقي الكلام . . . »(٢) .

بشيء بعد ظهور الأخبار في اعتبار اللفظ في اللزوم ليترقى منه اليه . على ان تمسكه «قده» حينئذ لاعتبار اللفظ في اللزوم بالشهرة والاجماع مع ما فيهما من المناقشة لم يكن له وجه اصلا بعد ظهور الأخبار في ذلك ، فكان الأولى له ان يذكر بعض تلك الأخبار بل الاقتصار عليه . فمن المحتمل قريباً ان يكون مرجع الإشارة كون اللفظ قرينة على إنشاء التمليك من دون ان يكون الإنشاء بـه ، فراجع قوله ـ قدس سره ـ قبل هذا «سواء لم يوجد لفظ اصلاً ام وجد ولكن لم ينشأ التمليك به . . . » ليظهر لك صحة هذا الاحتمال . والله العالم بحقيقة الحال .

(١) كأنه ـ قدس سره ـ اراد دعوى قيام سيرة المتشرعة على جواز المعاطاة ولا يخفى ما فيه ، فان تلك السيرة ـ على فرض ثبوتها ـ ناشئة من فتاوى مراجع التقليد ، وليست سيرة متصلة الى زمان المعصوم عليه السلام ليستكشف منها رضاه (ع) ، فان المعاريف من المفتين إذا اتفقوا في عصر على حكم يعد مخالفته منكراً عند المتشرعة ، ولا يبعد أن يكون عدم اكتفائهم بالمعاطاة في الامور الخطيرة أيضاً مستنداً الى ذلك .

(٢) هذه الفقرة ـ أعني «يحلل الكلام ويحرم الكلام» ـ وردت في رواية واحدة،وهي رواية ابن نجيح على ما في الكافي أو ابن الحجاج على نقل الوافي قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يجيئني ويقول اشتر لي هذا الثوب وأربحك كذا وكذا ؟ فقال : أليس إن شاء أخذ وان شاء ترك؟ قلت : بلى . قال : لا بأس إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام » . وقد نقلها صاحب الوسائل أيضاً بهذا المتن . فما ذكره شيخنا المحقق ـ قدس سره ـ من أن النسخة الموجودة عنده كانت هكذا « إنما يحل الكلام ويحرم الكلام » لابد من حمله على غلط النسخة . وقد ورد « إنما يحرم الكلام»

فقط في ثلاث روايات في باب المزارعة :

منها ـ رواية أبي الربيع الشامي التي نقلها المصنف ، وهي متعرضة للنهي عن النطق ـ اعني تسمية البقر والبذر ـ بخلاف الرواية المتقدمة ، فانه ليس فيهاتعرض للكلام ، والسؤال في هذه الرواية لو لم يكن مشتملاً على قوله « وأربحك كذا » لأمكن حمله على التوكيل في الشراء بجعالة ، إلا ان « اربحك » ظاهر في الشراء ، ولذا فصل الامام عليه السلام في الجواب بأن قوله « اشترلي » إن كان مجردمقاولة بحيث إن شاء اخذ بعد ذلك وان شاء ترك ـ فلا مانع ، لأن البيع يكون بعد شرائه وان كان شراء لم يصح لأنه من بيع ما لم يملك ، وهو فاسد .

وتقريب الاستدلال بهذه الفقرة ان ظاهرها حصر المحلل باللفظ ، وليس في المعاطاة لفظ .

ونقول : تمامية الاستدلال مبنيـة على ظهورها في الاحتمال الأول من الاحتمالات التي ذكرها المصنف ـ اعني حصر المحلل والمحرم في الكلام ـ وهو غير تام ، فان الحصر إن كانبالاضافة الى جميع المحللات والمحرمات في الشريعةالمقدسة ـ بأن يراد به ان ما كانحلالاً في الشريعة المقدسةلايحرم الا باللفظ وما كانحراماً لا يحل الا به ـ فهو مقطوع البطلان ، بداهة عدم توقف حلية جملة من المحرمات وهكذا العكس على اللفظ ، فان الماءالطاهر حلال ويحرم بالتنجس ، والافطار في ليل شهر رمضان حلال ويحرم بطلوع الفجر ، وهكذا العكس . . الى غـير ذلك من الموارد الكثيرة .

وإن كان بلحاظ الماليات فالمتيقن أيضاً خلافه لجواز التصرف في مال الغير اذا أذن فيه كتابة او إشارة او استكشف رضاه من الخارج ، ويحل التصرف في الأمة بالارث بعد كونه حراماً قبل ذلك مع عدم وجود لفظ في البين . وهكذا إن كان الحصر بالنسبة الى العقود ، فان المعاطاة تفيد إباحة التصرف من غـير

قوله (ره) : (والرواية يحتمل وجوها . . .) (١) .

خلاف حتى من العلامة « قده » ، فان ذهابه الى فساد المعاطاة إنما هو فيما إذا قصد بها الملك لا الإباحة ، وقد رجع عن قوله فيه ايضاً كما تقدم .

هذا مضافاً الى ان لازم ذلك عدم انطباقها على مورد الرواية ، فان الفساد فيه وعدمه لم يكن من جهة اللفظ وعدمه .

(١) إن كان قد رجامع بين ماورد في البيع وماورد في المزارعة فتحمل هذه الفقرة في كلتا الروايتين على معنى واحد ، والا فلابد من حملها في كل من الخبرين على معنى يناسبه .

(من المحتملات) ما تقدم وعرفت ما فيه .

(ومنها) ـ ما حكي عن حاشية المحقق الخراساني ، وحاصله : ان المراد بالكلام هو الالتزام ، واطلاق القول والكلام على الالتزام متعارف . وفيه انه اطلاق مسامحي لا يصار اليه بغير قرينة ، على انه لا ينطبق على موارد اخبار المزارعة

(ومنها) ـ ان المراد به الايجاب والقبول ، فالمضمون او المقصود الواحد اذا انشيء بلفظ يكون محللا واذا انشيء بلفظ آخر يكون محرماً . مثلا : الزوجية المؤقتة اذا انشئت بقول « انكحت » تكون محللة واذا انشئت بلفظ « آجرت » تكون محرمة . هذا بحسب اختلاف الألفاظ ، وقد يكون الاختلاف بحسب الموارد كإنشاء التمليك بلفظ « بعت » ، فانه محلل اذا كان بعد ملك البائع ومحرم اذا كان قبله .

(ومنها) ـ ان يراد به الكلام الواحد ويكون التحليل والتحريم بلحاظ الوجود والعدم وهذا الاحتمال ـ وإن قربه المصنف واختاره الكاشاني في الوافي ايضاً ـ إلا ان اللفظ اذا اطلق يكون فانياً في الوجود الواقعي لا العدم ، فلا معنى لإطلاق الصلاة وإرادة عدمها .

(ومنها) ـ ان يراد من الكلام المحلل الالتزام المقاولي ومن الكلام المحرم

قوله (ره) : (نعم يمكن استظهار . . .) (١) .

الالتزام البيعي ، وقد ظهر ما فيه مما قدمناه .

فالصحيح من الاحتمالات هو الاحتمال الثاني في كلام المصنف ، وهو ان يراد بالكلام الايجاب والقبول . وعليه تنطبق على مورد كلتا الروايتين : اما انطباقها على مورد رواية البيع فيكون بلحاظ اختلاف المورد ، وأما انطباقها على مورد المزارعة فبلحاظ اختلاف اللفظ من تسمية البذر والبقر وعدمه ، فان المقصود الواحد ـ أعني اشتراط الثلث لمالك الأرض وثلثين للزارع ـ اذا أنشىء مع التسمية يكون حراماً وبدونها يكون حلالاً .

هذا كله من حيث الكلام ، وأما الحل فالمراد به حلية المقصود تكليفاً ـ كما يظهر من جملة من الأخبار الواردة في جواز المقاولة قبل الملك ، فإنها ناظرة الى الرد على بعض العامة الذين يرون مجرد المقاولة قبل الملك مانعاً عن حل المقصود ولو كان البيع والشراء بعد الملك ، فكأنه عليه السلام يريد التنبيه على فساد مذهبهم بقوله : « إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام » وان الايجاب والقبول محلل اذا تحقق المقصود بعد الملك ومحرم اذا وقع قبله .

وأما الحرمة فالمراد بها الفساد ، بقرينة ما ورد في بعض أخبار المزارعة من قوله عليه السلام : « ليس ينبغي له أن يسمي بقراً ولا بذراً » . ولعل سر التعبير عن الكلام بالمحرم مع أن حرمة التصرف إنما تستند الى عدم وجود إنشاء صحيح لا الى وجود الانشاء الفاسد ، أن الايجاب والقبول الفاسد هو الذي أوقع المكلف في الحرام ، ولولاه لم يقع فيه .

(١) بعد منعه ظهور هذه الفقرة [illegible] وسلم منعها عن الدلالة على التقريب المزبور ذكر أنه يمكن استظهار اعتبار الكلام في إيجاب البيع بوجه آخر . وحاصله : أن المراد بالكلام فيها ـ وإن كان هو الايجاب والقبول

قوله (ره) : (يشعر به . . .) (١) .

قوله (ره) : (ينبغي التنبيه على امور . . .) (٢) .

أو المواعدة والمقاولة - إلا ان التعبير بالكلام في حصر المحلل والمحرم بذلك مشعر بل ظاهر في انحصاره باللفظ ، ولو لم يكن هذا مراداً لكان اللازم أن يعبر بمايعم الكلام وغيره بالايجاب والقبول لا بالكلام .

هذا ولا يخفى أنه عليه يلزم القول بعدم ترتب الأثر على المعاطاة حتى اباحة التصرف ، وهو مخالف للاجماع كما تقدم ، إلا أن هذا التقريب أيضاً غير تام لا لما أفاده المصنف من احتمال أن يكون وجه الانحصار في الكلام عدم امكان المعاطاة في مورد الرواية - أعني بيع ما لا يملك - لأن المبيع يكون عند مالكه وذلك لامكان كون المبيع عند غير مالكه كما يتفق كثيراً في الدلالين ، وهو ظاهر الاشارة في السؤال بقوله « اشتر لي هذا الثوب » . مضافاً الى أنه لا يبعد تحقق عقد المعاطاة بالاعطاء من طرف واحد كالمشتري في الفرض . بل الوجه في ذلك أن مفروض السؤال تحقق الإيجاب والقبول أو المواعدة باللفظ ، ففي هذا الفرض قال عليه السلام « إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام » فالحصر يكون إضافياً وبالقياس الى مورد السؤال لا يكون حقيقياً .

(١) ليس فيما حكاه من الأخبار أي اشعار في اعتبار اللفظ اصلا - فراجعها

(٢) « التنبيه الأول » تعرض - قدس سره - فيه لمسألتين : احداهما في جريان شروط صحة البيع كعدم الغرر وعدم الزيادة في الربويين ونحو ذلك في المعاطاة وعدمه . « ثانيها » في جريان أحكام البيع كخيار المجلس ونحوه في المعاطاة وعدمه :

(أما المسالة الاولى) فالكلام فيها يقع في مقامات ثلاث : أحدها في اعتبار ذلك في المعاطاة المقصود بها إباحة التصرف ، ثانيها في اعتبارها فيما اذا قصد بها الملك ولكن على القول بترتب الملك المتزلزل عليها ، ثالثها في اعتبارها في ذلك

بناء على ترتب اباحة التصرف عليها ، وأما على القول بترتب الملك اللازم عليها فلا مجال للبحث عن ذلك اصلا لأن المعاطاة حينئذ بيع شرعاً وعرفاً قد رتب عليه ما يترتب على البيع اللفظي :

« المقام الأول » - لا ينبغي الريب في عدم شمول أدلة شروط البيع كقوله عليه السلام : « نهي النبي (ص) عن بيع الغرر » المعاطاة المقصود بها الاباحة لعدم كونه بيعاً ، فعدم اشتراطها بذلك يكون من السالبة بانتفاء الموضوع .

وبعبارة اخرى : مرجع اشتراط شيء في صحة البيع الى اعتباره في حصول الملك ، وهذه المعاطاة لا يحصل بها الملك أصلا كانت واجدة لتلك الشروط أم لم تكن ، وهذا معنى السالبة بانتفاء الموضوع . ويبقى الكلام في دليل مشروعيتها ، وليس ذلك عموم النبوي - أعني قوله (ص) : « الناس مسلطون على أموالهم » - ولا سيرة المتشرعة كما يظهر من المصنف . أما النبوي فلما عرفت من ضعفه سنداً ودلالة ، وذكرنا من ان غاية مدلوله عدم محجورية الانسان فيما ثبت مشروعيته من التصرفات وانه ليس مشرعاً ، ولا يثبت به جواز التصرف المشكوك اباحته شرعاً كمشروعية الإباحة المعاوضية مع الغرر ونحوه . واما السيرة فهي - وان كانت ثابتة في الجملة - إلا انه لا يعتمد عليها فى المقام ، للزوم الاقتصار فيها على القدر المتيقن ، فالمستند في ذلك حلية التصرفات ذاتاً بمقتضى العمومات وغيرها ، فلا مانع عنها سوى ما ورد من اعتبار طيب نفس المالك بها ، فاذا ثبت ذلك - كما هو المفروض - لا يبقى مقتض للمنع اصلا .

نعم اذا توقف التصرف على الملك كالوطي لقوله عليه السلام : « لا وطي الا في ملك » يمنع من الرجوع فيه الى العمومات . وتفصيل ذلك : ان التصرف قد لا يكون متوقفاً على الملك وقد يكون متوقفاً عليه وربما يشك في ذلك ، اما ما لا يتوقف منه على الملك فمقتضي العمومات - بعد ضمها الى طيب نفس المالك -

هو الجواز ، واما ما يشك في توقفه عليها فالأصل يقتضى عدمه فيلحق بالفرض الأول ، واما المتوقف على الملك فالإطلاقات غير شاملة له لما دل على اعتبار الملك فيه .

فظهر مما بيناه انه لا يفرق في حصول اباحة التصرف غير المتوقف على الملك بالمعاطاة بين وجدانها لشروط البيع وعدمه .

« المقام الثاني » ـ في المعاطاة المقصود بها الملك بناء على ترتب الملك المتزلزل عليها شرعا ، والظاهر فيها اعتبار شروط البيع ، لأن المعاطاة ـ على هذا القول ـ بيع شرعاً وعرفاً فتعمها الأدلة . فان اللزوم والجواز كليهما من الأحكام الشرعية المترتبة على البيع ولا دخل لشيء منهما في حقيقته . وقد عرفت ان مرجع اشتراط البيع بشيء الى دخله في حصول الملكية لا اللزوم ، والمفروض حصولها في المقام . ولم يتحصل لنا وجه ما ذهب اليه شيخنا المحقق من عدم اعتبار شروط البيع في هذا الفرض .

« المقام الثالث » ـ في المعاطاة المقصود بها الملك على القول بترتب الاباحة عليها شرعاً وهي تكون وسطا بين القسمين المتقدمين لأنها بيع عرفاً لأنه قصد به التمليك وليست بيعاً شرعاً لعدم ترتب المقصود عليها . ويمكن القول باعتبار الشروط فيها لوجهين :

احدهما ـ ما هو مبني على ما اخترناه من كون هذه المعاطاة بيعاً مفيدة لما قصد بها من الملك ، فيعمها ادلة صحة البيع ، غاية الأمر اعتبر في امضائها شرعاً بالسيرة او الاجماع شرط متأخر ، وهو التصرف المتوقف على الملك كما اعتبر القبض في بيع الصرف ، فانها على هذا تكون بيعاً حقيقة ، فيعمها ادلة شروط البيع ، ولا يوجب تأخر امضائها شرعاً عدم جريان الشروط فيها كما لا يوجبه في بيع الصرف. هذا كله بالاضافة الى زمان حصول الملك ، واما من حيث اباحة التصرف قبل ذلك فيظهر الحال فيه من الوجه الثاني .

قوله (ره) : (بين الشرط الذى ثبت اعتباره من النص...) (١)

ثانيها - ما هو مبني على القول بفسادها وعدم صدق مفهوم البيع عليها كما نسب الى العلامة ، فانه عليه تكون الاباحة الثابتة في موردها إباحة شرعية ثابتة بالسيرة أو الاجماع وليست اباحة مالكية ، فان المالك - وان أباح التصرف فيها بالمعاطاة - إلا انها كانت بعنوان التمليك ولم يمضها الشارع على الفرض ، نظير ما يؤخذ بالقمار ، فان الاباحة المالكية - وان كانت ثابتة فيه - الا أنها كانت بعنوان الاستحقاق ولم يمض شرعاً . فبناءً على ذلك لابد من الاقتصار على القدر المتيقن من مورد السيرة ، وهو صورة وجدان المعاطاة لما يعتبر في صحة البيع سواء كان دليل اعتباره لفظياً أو لبياً ، بل لابد من اعتبار الشروط الخلافية المشكوك شرطيتها في البيع أيضاً ، لأن القدر المتيقن إنما هو الجامع لجميع ذلك دون غيره ، فهذا الفرض اسوأ حالاً من القسم الثاني من هذه الجهة .

وبما ذكرناه ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين المعاطاة المقصود بها الاباحة فان الاباحة هناك مالكية وفي المقام شرعية ثابتة بالسيرة .

ثم إن في هامش بعض نسخ المكاسب حاشية من المصنف حاصلها جريان الربا في المعاطاة المقصود بها الاباحة أيضاً . ولكن فساده واضح ، لأنا لم نعثر في الربا على اطلاق يعم جميع المعاوضات حتى الاباحة المشروطة بمثلها .

(١) التفصيل لا وجه له ، بل الشرط الذي ثبت اعتباره بدليل لبي من الاجماع ونحوه أيضا جار في المعاطاة المقصود بها الملك ، فان معقد الاجماع إن كان البيع المفيد للملك ولو لم يكن لازماً فيعم المعاطاة بلا اشكال ، وان كان خصوص المفيد للملك اللازم فكذلك ، لأن المعاطاة تفيد الملك اللازم ، غاية الأمر قلنا بجوازه الى زمان التصرف بالسيرة أو الاجماع ، فكأن اللزوم فيها مشروط بامر متأخر .

قوله (ره) : (وأما حكم جريان الخيار فيها . . .) (١) .

(١) هذه هي المسألة الثانية من التنبيه الأول ، وقد ذكر فيها امكان نفي الخيار عن المعاطاة على المشهور ، وعللها بقوله : « لأنها جائزة عندهم » . ولا يخفى ما في التعليل ، فان مجرد الجواز لا ينافي الخيار كما ستعرف ، والمناسب تعليله بأنها إباحة . ثم قال : « وإن قلنا بافادة الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقاً بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم » . وفيه أن المعاطاة على هذا تكون بيعاً قبل اللزوم أيضاً ، فلا وجه للتقييد .

وتفصيل الكلام في جريان الخيار في المعاطاة وعدمه يقتضى البحث فى مقامات ثلاثة على ما تقدم في المسألة الاولى :

« المقام الأول » - في المعاطاة المقصود بها الاباحة ، والظاهر عدم ثبوت الخيار فيها لعدم المقتضى له لا ثبوتاً ولا إثباتاً : أما ثبوتاً فلأن الخيار إنما يجعل فيما اذا كان ثبوته توسعة لمن له الخيار واستلزم انتفاؤه كلفة عليه . ومن الظاهر ان مجرد الاباحة والرضا بالتصرف ليس فيها كلفة على المبيح بعد عدم كونه عقداً لازماً مشمولا لقوله تعالى : « أوفوا بالعقود » ، فلا معنى لجعل الخيار فيها لا شرعاً ولا بجعل المتعاطيين . وأما اثباتاً فلأن ادلة ثبوت الخيار في البيع لا تشمل هذه المعاطاة لأنها ليست ببيع ، والخيار المستند الى ثبوت الضرر فى اللزوم لايثبت فى المقام لانتفاء موضوع الضرر وهو الملك .

« المقام الثاني » - في المعاطاة المقصود بها الملك بناءً على ترتب الملك المتزلزل عليها . وأما على القول بترتب الملك اللازم فلا اشكال في جريان الخيار كما عرفت في المسألة المتقدمة . والظاهر ثبوت الخيار فيها لكونها بيعاً شرعاً وعرفاً مبنياً على اللزوم بمقتضى العمومات ، وانما ثبت الجواز فيها لغاية محدودة بالسيرة أو الاجماع ، فعمها الأدلة .

نعم قد يقال : إن جعل الخيار في الملك المتزلزل ذاتاً لغو لا يترتب عليه الأثر . والجواب عنه ان الجواز تارة يكون حقياً قابلا للاسقاط كجواز البيع الخياري ، وقد يكون حكمياً كجواز الهبة حيث لا يقبل الاسقاط ، وهكذا اللزوم قد يكون حقياً كلزوم البيع حيث يسقط بالإقالة ، وقد يكون حكمياً كلزوم النكاح .

ثم الجواز بقسميه تارة يتعلق بتراد العينين واخرى يتعلق بفسخ العقد فأقسام الجواز أربعة . وعليه فان كان الجواز الثابت في المعاطاة ذاتاً جوازاً حقياً ـ ولا بأس بالتعبير عنه بخيار المعاطاة ـ فلا يستلزم لغوية ثبوت خيار آخر فيها ، كما قد يجتمع في البيع اللفظي خياران كالمجلس والحيوان ، فيكون كل منهما قابلا للنقل والاسقاط فاذا سقط أحدهما يستند الخيار الى الآخر . وان كان الجواز الحقي في الفرض متعلقاً بالتراد ، فثبوت الخيار حينئذ كان اوضح . لأنه متعلق بفسخ العقد فيختلف متعلق الحقين وأما إن كان الجواز حكمياً فان كان متعلقاً بالتراد ـ كما ذكره المصنف في التنبيه السادس وصرح بأنه المتيقن في جواز المعاطاة ـ فلا مانع ايضاً من ثبوت الخيار ، فان له حينئذ أثر مغاير للجواز الذاتي ـ وهو حق حل العقد ـ فلا اشكال في شيء من الفروض المتقدمة ، فيبقى فرض واحد وهو ما اذا فرض الجواز حكمياً ومتعلقاً بفسخ العقد .

والجواب عنه أن الجواز لو كان أبدياً ولم يكن محدوداً قابلا للتبدل باللزوم لم يكن عن اللغوية دافع ، إلا أنه قابل للانقلاب بالتصرف ونحوه ، فلا مانع من جعل الخيار من أول الأمر ، فيكون طرف اعماله بعد اللزوم بالتصرف . وبما أن الأمرين بينهما عموم من وجه لا يلزم اللغوية من اجتماعهما ، إذ قد ينقلب الجواز الى اللزوم في المجلس ، فيمكن اعمال خياره حينئذ . فالصحيح ـ تبعاً لظاهر المصنف ـ ثبوت الخيار الجاري في البيع في هذا القسم من المعاطاة مطلقاً ، من غير فرق بين المختص بالبيع وغيره .

قوله (ره) : (ويحتمل أن يفصل . . .) (١) .

قوله (ره) : (ان المتيقن من مورد المعاطاة . . .) (٢) .

---

(١) لم نعرف وجه التفصيل ، فان اختصاص أدلة الخيارات المختصة بالبيع بما وضع على اللزوم لا يمنع شمولها للمعاطاة ، لما عرفت من كونها مبنية على اللزوم بحسب قصد المتعاطيين ، غاية الأمر ثبت فيها الجواز ما لم يحصل التصرف بالسيرة ونحوها ، فهي نظير البيع الخياري ولم يمنع أحد شمول أدلة الخيار له ، فالصحيح جريان الخيارات الخاصة والعامة في المقام .

« المقام الثالث » ـ في المعاطاة المقصود بها الملك على القول بترتب الاباحة عليها إن كان الخيار حقاً متعلقاً برد العين فلا ينبغي الريب في عدم ثبوته فيها لانتفاء موضوعه ، لأن العين لم تخرج عن ملك مالكه ولم يحصل النقل والانتقال ، وانما ابيح التصرف فيها شرعاً ، فما معنى ثبوت حق الرد . وإن كان الخيار بمعنى ملك فسخ العقد فالظاهر ثبوته فيها لما بينا من أنها بيع عرفاً وشرعاً ، غاية الأمر توقف تأثيره في الملك على حصول شرط متأخر ـ وهو التصرف أو التلف ـ فتعمها أدلة الخيار ، إذ يكفي في ثبوته قابلية البيع للتأثير ولو لم يكن فعلياً ، وأثره جواز الفسخ والامضاء لمن له الخيار ، فاذا أمضى المعاطاة واسقط خياره ترتب عليه اباحة التصرف فعلاً والملك بعد التصرف ، واذا فسخها انتفت الاباحة بانحلال موضوعها ـ وهي المعاطاة ـ ولا يحصل الملك حين التصرف .

ونظير ذلك بيع الصرف حين القبض ، فانه تعمه أدلة الخيار مع عدم فعلية تأثيره في الملك لتوقفه على القبض ، فاذا سقط الخيار وجب الاقباض وترتب عليه الملك ، واذا فسخ العقد سقط عن قابلية التأثير ولو بعد الاقباض .

التنبيه الثاني

---

(٢) تفصيل الكلام في التنبيه الثاني يقع في مقامات ثلاث بعد وضوح

أن عنوان المعاطاة لم يرد في آية ولا رواية ، ومورد البحث عنوان عام وهو كفاية الانشاء الفعلي في المعاملات وعدمه ، سواء كان معاطاة أو غيرها .

« المقام الأول » - فيما اذا قصد بالإعطاء والأخذ اباحة التصرف . لا ينبغي الريب في حصولها بذلك لأن مدركها انما هو جواز التصرف ذاتاً ، ولا مانع منه سوى اعتبار طيب نفس المالك وهو حاصل على الفرض ، سواء كان التعاطي من الطرفين او الاعطاء من طرف والأخذ من الطرف الآخر .

« المقام الثاني » - فيما اذا قصد الملك على القول بترتبه ، وعلى هذا أيضاً لايفرق بين المعاطاة والاعطاء من طرف والأخذ من الطرف الآخر لصدق عنوان البيع والعقد والتجارة عليه . ودعوى تقوم مفهوم البيع بالمبادلة بين المالين وهي مفقودة في الاعطاء من طرف واحد فلايكون بيعاً كما عن المحقق النائيني « قده » . مدفوعة بأن المبادلة المعتبرة في البيع إنما هي المبادلة الاعتبارية لا المبادلة في المكان ، وهي حاصلة بالاعطاء والأخذ ، بل الغالب في المعاطاة ايضاً حصول المبادلة بالاعطاء والأخذ ، فيكون الاعطاء من الطرف الآخر وفاءً .

« المقام الثالث » - فيما اذا قصد الملك وقلنا بترتب الإباحة . والظاهر فيه عدم ترتب الاباحة الا إذا تحقق التعاطي من الطرفين ، لأنها ليست اباحة مالكية وانما هي اباحة شرعية ثابتة بالسيرة أو الاجماع ، فاذا قام شيء منهما على ثبوتها في فرض الاعطاء من طرف واحد نقول بها وإلا فلا ، والتحقيق بثبوتها في المقام لتعارف البيع نسيئة أو سلفاً على نحو المعاطاة ، مضافاً إلى ما تقدم من أن اكثر المعاملات النقدية من هذا القبيل فانها تتم بالاعطاء والأخذ ، وانما يكون الاعطاء من الطرف الآخر وفاءً لامتمماً للمعاملة ، فلو فرض قيام الاجماع على عدم الملك ثبتت الاباحة نعم من حيث ترتب الملك عليه حين التلف لا فرق بينه وبين المعاطاة من الطرفين لصدق عنوان البيع عليه عرفاً .

قوله (ره): (وربما يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد الايصال) (١) .

ثم ان شيخنا المحقق نقل عن بعض الاستدلال على ثبوت الإباحة فى المقام بقوله صلى الله وآله : « الناس مسلطون على أموالهم » . ثم أورد عليه بأن التمسك به انما يتم في المقامين الأولين دون الفرض الذي لم يترتب فيه المقصود على العقد وانما بالإباحة شرعاً ولم يكن مقصوده .

ونقول : الظاهر أنه ناظر الى الاشكوري حيث ذكر في حاشيته على قول المصنف : « وأما على القول بالاباحة فيشكل . . . » ماحاصله : ان الاشكال انما يتم بناءً على التمسك بالسيرة ، وأما بناءً على التمسك بالنبوي فلا اشكال ، ولعل السيد أيضاً ناظر اليه ، وعلى أي تقدير لا دافع للايراد ، مضافاً الى عدم امكان التمسك بالنبوي في اثبات مشروعية التصرف رأساً على ما تقدم الكلام فيه .

(١) هذا هو القسم الثالث من المعاطاة ، وهو فرض عدم تحقق الأخذ والعطاء رأساً ، وقد مثل له بأمور :

(منها) اخذ الماء مع غيبة السقاء ووضع الثمن في المكان المعدله .

(ومنها) الدخول في الحمام كذلك . ولكن الظاهر عدم كونها من قبيل المبادلة بين المالين ، والالزم فسادها للغرر ، فان تعيين مقدار الماء أو زمان البقاء في الحمام ليس متعارفاً ، بل الظاهر كونها من قبيل اباحة التصرف والرضا به مشروطاً بوضع الفلس بنحو الشرط المتأخر ، فهما خارجان عن محل الكلام .

(ومنها) أخذ المحقرات كالخضريات والبقولات ووضع الثمن في المكان المعدله . والظاهر كونه بيعاً ، ونفس الأخذ ايجاب وكالة وقبول أصالة ، فان مالك البقل بنفس وضع بقله في الدكان كذلك يوكل كل من اراد الشراء في ايجاب البيع .

وأما ما ذكره المحقق النائيني - قدس سره - من اعتبار تعيين الوكيل في صحة

قوله (ره) : (فيتقاولان على مبادلة شيء بشيء) (١) .
قوله (ره) : (تمييز البائع من المشتري) (٢) .

التوكيل انما يتم في توكيل الشخص ، اذ لا يترتب عليه أثر مع عدم التعيين ، وأما التوكيل النوعي فلا يعتبر فيه ذلك جزماً بل لا معنى له .

(ومنها) وصول كل من المالين الى مالك للآخر باطارة الريح ، والأحسن أن يفرض ذلك فيما اذا كان عند شخص واحد عروضاً من زيد بعنوان الأمانة ودراهم من عمرو كذلك ، ففي مقام الرد اشتبه ودفع العروض الى مالك الدراهم وبالعكس فلما علما بذلك أبقى كل منهما ماله عند الآخر ، فاذا كان ذلك بعنوان التمليك يكون نفس الابقاء انشاءً للبيع والشراء ، فيعمه الأدلة . الا انه على القول بعـدم الملك وثبوت الاباحة لا تثبت في الفرض لعدم تحقق السيرة فيه .

(١) هذا هو القسم الرابع ، وهو فرض عدم تحقق الوصول أيضاً ، كما اذا تقاول كل من المالكين مع الآخر في مبادلة المالين ولم يتحقق في البين عطاء ولا أخذ ولا ايصال أصلاً . ذكر المصنف ما حاصله : ان الاشكال المتقـدم على الإباحة هنا آكد ، وأما بناءً على الملك فلا يبعد صحته .

ونقول : أما عدم ثبوت الإباحة فواضح لأنها اباحة شرعية ولم تثبت السيرة على ثبوتها في المقام ، وأما الصحة بناءً على الملك تمسكاً بالأدلة فلم نعرف لها وجهاً وذلك لأنـه لو كان اللفظ غير المعتبر مجرد مقاولة ومواعدة فلم يتحقق بيع ليعمـه دليله ، وان كان انشاءً فاسداً لم يعتبره الشارع ، فكيف يتمسك فيـه بما دل على صحة البيع ، فان الرجوع اليه مع فرض الفساد مما لا يجتمعان .

(٢) قد تكون الشبهة في تمييز البـائع عن المشتري مصداقيـة بعد وضوح مفهوم البيع والشراء ، كمـا اذا شك في أن أياً من المتبايعين قصد البدليـة وأيهما قصد المبدليـة فيما اذا لم يكن أحد العوضين عروضاً والآخر قيمة ، فيشكل الأمر

في تعيين ذلك ، فان مجرد التقديم في الاعطاء لا يوجب صدق البيع كما لا يوجب تأخيره صدق الشراء ، فان الإبداء من المشتري في دفع الثمن ليس امراً نادراً . وعليه فلاتثبت أحكام البائع ولا المشتري لكل منهما اصلاً ، بل يرجع في ذلك الى ما يناسبه من الأصل العملي . والظاهر ـ بل المتيقن ـ أن المصنف فيما أفاده غير ناظر الى هذه الصورة .

وقد يكون الشك في الصدق ، أي تكون الشبهة مفهومية ، وهذا اصطلاح من المصنف ـ قدس سره ـ حيث عبر في كتاب الطهارة عن حصة من الشبهة المفهومية ، وهي ما اذا كان للمفهوم أفراد متيقنة وشك في سعته بالنسبة الى الأفراد المشكوكة بالشك في الصدق ، فاذا كان احد العوضين عروضاً والآخر قيمة كان صاحب العروض هو البائع والآخر هو المشتري ، وإلا فان كان غرض أحدهما متعلقاً بشخص المال وغرض الآخر متعلقاً بقيمته ـ بحيث يدفع اليه العروض بعنوان البدلية عن الدرهم أو الدينار ـ كان الأول مشترياً والثاني بائعاً . وأما اذا فرضنا تعلق غرض كليهما بالمالية او بالشخص لامحالة يكون صدق البائع والمشتري على كل منهما مشكوكاً . وقد ذكر المصنف في ذلك احتمالات أربعة ، وزاد عليها المحقق النائيني ـ قدس سره ـ احتمالاً خامساً :

(أحدها) ـ أن يكون كل منهما بائعاً ومشترياً باعتبارين ، لصدق كلا العنوانين ـ اعني عنوان المبادلة وعنوان ترك شيء واخذ غيره ـ على فعل كل منهما بلحاظين. وفيه : ان المبادلة وترك شيء بأخذ غيره لازم أعم للبيع والشراء كما لايخفى فكل منهما صادق على كل من البيع والشراء ، واذا قيدنا ذلك بقصد خصوص العين في الشراء وتعلق الغرض بالمالية في البيع لما صدق العنوان على شيء واحد .

(ثانيها) ـ أن السابق في الإعطاء هو البائع ، وفيه ما عرفت من انه ليس

في البيع :

قوله (ره) : (الرابع أن أصل المعاطاة) (١) .

قوله (ره) : (على وجوه) (٢) .

(ثالثها) - أن يكون ذلك صلحاً . وفيه أن عقد الصلح عبارة عن انشاء التسالم بحيث يكون هو المنشأ ، وأما واقع التسالم فكل عقد يكون مشتملاً عليه ومع ذلك لا يكون صلحاً .

(رابعها) - ما ذكره المحقق النائيني من كون احدهما بائعاً والآخر مشترياً بلا تعين حتى في الواقع . وفيه أنه غير معقول من جهتين أو من جهات لا تخفى .

(خامسها) أن يكون معاوضة مستقلة غير داخلة في العناوين المعروفة فيعمه التجارة عن تراض ، فتكون صحيحة نافذة ولكن لا يترتب عليها آثار البيع واحكامه وهذا هو الصحيح ، ولذا في مثل ذلك اذا سئل كل منهما عن فعله لا يقول « بعت » ولا يقول « اشتريت » ، بل يقول « بدلت داري » أو « عوضته باخرى » ونحو ذلك.

(١) هـذا التنبيه راجع الى أقسام المعاطاة بحسب مقصود المتعاطيين ، فما ذكره المصنف من تمامية العقد بالاعطاء من جانب والأخذ من الجانب الآخر ، وان اعطاءه يكون وفاءً لا متمماً للعقد أجنبي عن هذا التنبيه ، وقد تقدم تفصيله

(٢) جعلها أربعة :

(أحدها) أن يقصد المبادلة بين المالين .

(ثانيها) أن يقصد المبادلة بين تمليكين ، بأن يجعل التمليك بأزاء تمليك الآخر بحيث تحصل المبادلة بين المالين تبعاً . وذكر المصنف أنه بعيد عن معنى البيع وقريب الى الهبة المعوضة . ثم أشكل في إجراء حكم الهبة المعوضة عليه لعدم تحقق التمليك من الأول لو لم يملكه الآخر بخلاف الهبة ، إلا أن يكون تمليك الآخر له ملحوظاً على نحو الداعي لا العوض ، فقال : « الأولى أن يقال انها مصالحة أو معاوضة مستقلة » .

قوله (ره) : (احدها ان يقصد) (١) .

قوله (ره) : (ثانيها ان يقصد) (٢) .

(ثالثها) أن يقصد الأول إباحة ماله بعوض والآخر يقبلها بتمليك ماله له .

(رابعها) أن يقصد كل منهما الاباحة بازاء اباحة الآخر .

ثم اشكل عليه في حكم القسمين الاخيرين من جهتين ، من حيث صحة الإباحة المعوضة بالتمليك ، ومن حيث إمكان إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك ، ولابد من التعرض لكل من الأقسام المزبورة :

(١) هذه هي المعاطاة المصطلحة التي وقع الكلام في كونها مفيدة للملك اللازم أو الجائز أو يترتب عليها إباحة التصرف أو هي فاسدة لا يترتب عليها شيء ، وعرفت المختار منها .

(٢) لا نتصور وجهاً معقولاً للمبادلة بين تمليكين ، فان المبادلة لابد أن تكون بين مالين موجودين إما خارجاً وإما اعتباراً في الذمة . وأمّا ما كان موجوداً في زمان وانعدم فلا معنى لتبديله والمقام من هذا القبيل ، فان التمليك الذي ينعدم بقوله ملكتك لا معنى لتمليكه لشخص آخر ثبوتا ، وأما إثباتا فلا يمكن إنشاؤه بقوله ملكتك الدار مثلا ، بل لابد في ذلك من وقوع عقد آخر على نفس التمليك بأن يقول آجرتك على أن تملكني دارك بازاء تمليكي البستان لك .

وبالجملة جعل التمليك بازاء التمليك ممنوع ثبوتا وإثباتا ، فما يحتمل في هذا القسم امران :

(أحدهما) ـ أن يكون التمليك مشروطا بتمليك الثاني كالهبة المعوضة .

(ثانيها) ـ أن يكون تمليك الاول بداعي تمليك الآخر ، فتخلفه لا يوجب الخيار أيضاً . وعلى اى تقدير لابد وأن يكون الغرض خارجاً عن باب المعاوضات رأساً .

قوله (ره) : (ثالثها ان يقصد) (١) .

قوله (ره) : (رابعها ان يقصد كل منهما الاباحة) (٢) .

قوله (ره) : (اما اباحة جميع التصرفات) (٣) .

وأما احتمال كونه مصالحة فمدفوع بما تقدم من أن الصلح عبارة عن إنشاء التسالم ، وأما واقعه فمتحقق في ضمن كل عقد .

(١) لو كان المفروض عكس بافرض اعني قصد تملك المال بازاء تملك الاباحة لأمكن توجيهه ، إذ لا يعتبر أن يكون الثمن فى البيع عينا ، بل يمكن ان يكون فعلا . وأما المفروض فيجرى فيه ما نذكره في القسم الرابع .

(٢) أما المبادلة بين الاباحتين أو الاباحة والتمليك فقد عرفت امتناعها ثبوتا وإثباتا فيجرى فيه الاحتمالان المتقدمان بأن تكون الاباحة مشروطة أوتكون بداعي إباحة الثاني أو تمليكه ، وعلى الأول يجب على الآخر بعد قبوله العمل بالشرط ، لقوله (ص) : (المؤمنون عند شروطهم) بناء على شموله لمثل المقام . وأما على الثاني فلا يجب عليه شيء أصلاً . (نعم) في الموردين احتمال ثالث غير جار في القسم الثاني ، وهو أن تكون الاباحة معلقة على إباحة الآخر أو على تمليكه فان التعليق إنما يكون مفسداً في التمليك ولو محالا كالهبة لا الاباحة ، فتكون ثابتة لمن يبيح له ماله أو يملكه إياه ، فيكون الموضوع مقيدا بذلك لا يدخل فيه من لا يفعل ذلك . وهذا نظير فعل الحمامي ، فانه يبيح التصرف لكل من يضع الفلس في الدخل ، ولا مانع من هذا التعليق في الاباحة ، كما هو واضح . وأما غير هذه الاحتمالات فلا نتعقله في هذه الفروض .

(٣) هذا أحد الموردين اللذين استشكل المصنف (ره) فيهما ، وذهب فيه الى أنه لا يسوغ التصرف المتوقف على الملك بمجرد إذن المالك ، فانه إنما يمضى فيما يجوز ذاتاً دون غيره ، كبيع الانسان مال غيره لنفسه الذى هو مستحيل شرعاً

فكيف يجوز للمالك أن يبيحه ؟ ثم صحح ذلك بأحد وجهين أو وجوه :

(أحدها) ـ أن يقصد بالاباحة توكيل المخاطب في بيع ماله ثم تملك ثمنه أو العكس ، أو تكون بنفسها انشاء تمليك له ويكون تصرف المخاطب بمنزلة القبول نظير قول الرجل لمالك العبد اعتق عبدك عني بكذا ، فانه استدعاء للتمليك بدلالة الاقتضاء ، واعتاق المولى جواب لذلك . وهذه الدلالة من الدلالات المقصودة ، وهي التي تتوقف عليها صحة الكلام عقلا أو شرعا . ومثل في القوانين ظاهراً للأول بقوله سبحانه (واسأل القرية) وللثاني بالمثال المذكور .

(ثانيها) ـ أن يرد دليل على جواز التصرف في مورد الاباحة ، فيكون مخصصاً لعموم دليل اعتبار الملك فيه ، مثل لا بيع الا في ملك ، أولا وطء الا في ملك كما خصص بمادل على جواز وطء الأمة بالتحليل بصيغة خاصة .

(ثالثها) ـ أن يلتزم بحصول الملك آناًما قبل التصرف جمعا بين الأدلة ، كما في شراء العمودين .

وهذه الوجوه كلها منتفية فيما نحن فيه ، فلا يبقى الا عموم قوله (ص) : (الناس مسلطون على اموالهم) وإثبات صحته به موقوف على عدم مخالفة مؤداه لقواعد اخر ، فان غاية مدلوله سلطنة المالك على التصرفات المشروعة دون غيرها هذا حاصل ما أفاده في المقام .

(ونقول) : لابد من بيان كيفية توقف التصرفات على الملك ، وأنه يكون تحت جامع واحد ويختلف باختلاف الموارد (وتفصيل ذلك) يستدعى البحث فى جهتين : (إحداهما) من حيث كون التصرف للمالك (ثانيهما) من حيث كون التصرف عن المالك بحيث ترجع نتيجته اليه :

(اما الجهة الاولى) فتوضيحها أن التصرف قد يكون خارجيا غير قابل للوكالة والنيابة ، ويختص جوازه شرعا بشخص المالك كالوطء حيث يستفاد

اختصاصه بالزوج او المالك من الآية المباركة ، ففي مثله لا يجوز ذلك لغير المالك بالاذن والاباحة ، بداهة ان غير المالك لا يصير مالكا بشيء منهما . والنبوى إنما يثبت السلطنة للمالك بالنسبة الى التصرفات الجائزة ذاتاً ، فاذا لم يكن عن جواز التصرف مانع سوى كونه ملكاللغير يباح باذنه ، وقد يكون التصرف مما تجرى فيه النيابة او الوكالة ويتوقف جوازه على ملك المتصرف أو كونه منتسبا الى المالك وسلطانه ورضاه ، كما في البيع والاجارة ونحوها من العقود ، فانها متوقفة على ملك العقد وكونه صادرا عن رضى المالك وسلطانه ولو لاحقاً على ما هو ظاهر التجارة عن تراض ، ففى مثل ذلك لا ينبغي الشك في صحته بالتوكيل بل بمجرد الاذن أيضا وإن لم يكن توكيل . وبهذا صححنا العقد الفضولي إذ لحقه اجازة المالك ، بناء على ما سنبينه من ان الرضا المعتبر في صحة المعاملة أعم من المقارن والمتأخر .

وقديكون التوقف على الملك بمعني كون التصرف تصرف المالك، نظير الطلاق الذي يعتبر فيه أن يكون من فعل الزوج ، ولذا لايصح من غيره بغير الوكالة ومن هذا القبيل جميع الايقاعات كالابراء والعتق ونحوه ، فان المستفاد من عموم قوله ع (لا عتق الا في ملك) اعتبار كون العتق فعلاً للمالك « فيصح من غيره بالوكالة ، حيث أن فعل الوكيل فعل الموكل غايته من غير مباشرة ، ولا يصح بمجرد الرضا او الاباحة ، فلو قال المالك ابحت لك أن تعتق عبدي عني لا يصح بظاهره ، فضلا عما إذا قال أبحت لك أن تعتق عبدي عنك ، فانه لايستفاد منه بناء على ذلك اعتبار كون العتق عن المالك ، فلا مانع من أن يعتق المالك عبده عن غيره فتبرأ ذمته (وعليه) فلا مقتضى في قول الرجل اعتق عبدك عنى لأن يكون استدعاء للتمليك ضمنا من باب دلالة الاقتضاء .

(وأما الجهة الثانية) فتارة يكون اعتبار التصرف عن المالك بحكم عقلي، واخرى يكون بدليل شرعي والاول مثل اعتبار رجوع الثمن الى كيس من خرج عنه

المثمن وهكذا العكس ، فان البيع مبادلة المالين وهي متقومة بدخول كل من العوضين في كيس من خرج عنه الآخر ، فاعتبار كون البيع عن المالك مما استقل به العقل ولو لم يكن هناك حديث (لا بيع الا في ملك) اصلا ، فاذا قال المالك لغيره اشتر بمالي لنفسك شيئاً لابد وأن يكون توكيلا له في الشراء ثم تملك المثمن ، او توكيلا للتملك أولاً ثم الشراء لنفسه ، أو يكون تملكا له ابتداء والا فلا يصح الاذن .

(وبالجملة) في مثل ذلك إذ ثبت ما يوهم خلافه لابد من الالتزام بالملك آنا ما جمعاً بينه وبين ما استقل به العقل . وهذا نظير ما قالوا به في شراء العمودين والمحارم جمعاً بين الادلة ، ويكون الملك الثابت حينئذ ملكا حقيقيا لاتقديريا كالملك الثابت للواهب او من له الخيار إذا باع أو أعتق ، ولا وجه للتفصيل بينه وبين الملك فى شراء العمودين والالتزام بالملك الحقيقي فى الاول والتقديري في الثاني كما عن المصنف (قده) بل الصحيح تحقق الملك الحقيقي في الفروض الثلاثة والاختلاف انما هو من حيث طول الزمان وقصره ، وإلا فلا نتعقل الملك التقديري أصلا .

(وأما الثاني) وهو ما اذا ثبت اعتبار كون التصرف عن الملك بالدليل الشرعي ، كما استظهره في (المسالك) فى باب العتق ، فاذا ثبت في مورد خلافه ، كما ثبت جواز عتق الولد عن والده يلتزم فيه بالتخصيص ، كما ذهب اليه في (المسالك) ايضا في الفرض ، من دون حاجة الى الالتزام بالملكية آناما . هذا كله في الكبرى الكلية من الجهتين .

(بقى الكلام) في بعض صغرياتها : (منها) ـ ما إذا قال المالك لغيره اعتق عبدي عنك فانه يكون مورداً لكلتي الجهتين ، فمن حيث اعتبار كون العتق فعل المالك لابد وأن يكون الامر بالعتق توكيلا أو تمليكا ، وإلا فلا يكون المعتق هو المالك ، وأما من الجهة الثانية فلا يكفى التوكيل بناء على اعتبار وقوع العتق عن

المالك ، فلا مناص في صحته من أن يكون الأمر بالعتق تمليكا للمخاطب ، والافلا يكون العتق عن المالك .

(ومنها) ـ مالو قال اعتق عبدي عني ، والبحث فيه يكون من الجهة الاولى فقط ، فلابد من الالتزام فيه بالتوكيل ليكون العتق فعل المالك .

(ومنها) ـ مالو قال اعتق عبدك عني ولايجرى فيه إلا من الجهة الثانية ، فان العتق على اي تقدير يكون فعل المالك ، فان جوزنا العتق عن غير المالك جاز ذلك من دون حاجة الى حمله على استدعاء التمليك ، وإلا فلابد وأن يكون السؤال استدعاء له والعتق جوابا كما أفاده المصنف (قده) .

فتلخص من جميع ماتقدم أن البيع ونحوه من الجهة الاولى يعتبر فيه أن يكون منتسبا الى المالك ليصدق عليه عنوان التجارة عن تراض ، ويحصل ذلك بالرضى اللاحق فضلا عن الاذن والاباحة السابقة (وأما من الجهة الثانية) فالعقل يستقل باعتبار كونه عن المالك على ماعرفت ، فاذا ثبت خلافه في مورد ـ كما في شراء العمودين وانعتاقهما مع خروج الثمن عن كيس الولد ـ فلا محالة من الالتزام بالملك آناما ، وهو ملك حقيقي ، لعدم امكان تخصيص الحكم العقلي .

(وأما الوطىء) فالمستفاد من الآية توقفه على الملك ، ولا يجوز لغيره الا بالتحليل بصيغة خاصة ، ولا مانع من التخصيص ، لأن التوقف شرعي (وأما العتق) ونحوه ، من الايقاعات ، فان ثبت إجماع على توقفه على الملك واعتبار كون المعتق مالكاً مباشرة او تسبيباً فهو ، وإلا فقوله (ع) : (لا عتق إلا فيما يملك) لا يستفاد منه ذلك ، كما لا يستظهر من قوله (ع) : (لا بيع إلا فيما ملك) وقوله (ع) : (لا طلاق قبل النكاح) فانها ناظرة الى نفي العتق والبيع قبل الملك كما هو المتعارف حتى في عصرنا ، فالمرجع حينئذ عمومات العتق وأوفوا بالعقود ، لشموله الايقاع ايضا وهكذا في الطلاق .

ثم لو تنزلنا وسلمنا دلالته على اعتبار كون المعتق مالكا ، فمن الجهة الثانية لا ينبغي الريب في عدم دلالته على اعتبار كون العتق عن المالك ، فيصح العتق عن غيره وثياب عليه .

بقي الكلام في أمرين : (أحدهما) ـ أنه بناء على صحة العتق عن غير المالك ووصول ثوابه اليه ، فهل تسقط ذمته إذا كان مشغولا بالعتق بنذر أو غيره أو لا ؟ ظاهر (السيد والمحقق النائيني (ره) في الحاشية هو الاول . و (الصحيح) هو الثاني، ولا يبعد كونه مختار المسالك أيضاً ، فان سقوط التكليف المتوجه الى أحد بفعل غيره على خلاف القاعدة ، ففي كل مورد ثبت الدليل عليه ـ كما في عتق الولد عن والده الميت ـ نقول به ، وإلا فلا . ومجرد الصحة لايلازم سقوط ذمة الغير كما هو واضح

وأما ماذكره السيد (قده) ـ من التمسك بفحوى قوله (ع) : (دين الله أحق أن يقضى) حيث طبق الامام (ع) الدين على قضاء الفوائت ، ثم أمر بأن دين الله أحق أن يقضى ـ فمخدوش من وجهين : (الاول) ـ أن تلك الرواية ضعيفة السند ولم نجد لها مأخذاً صحيحا . (الثاني) ـ أن مؤداها حكم على خلاف القاعدة لابد من الاقتصار على موردها : وهو أداء الدين القربي عن الميت لا عن الحي.

(ثانيهما) ـ أن الأمر بالعتق هل يوجب الضمان أم لا ؟ وأما إذا قصد المالك التبرع أو أقام السائل قرينة على المجانية فلا إشكال في عدم الضمان ، لأن المالك أتلف ماله مجاناً . وأما إذا لم يكن شيء منهما فاحترام مال المسلم يقتضي ضمان الآمر بمجرد أمره ، وعليه سيرة العقلاء والمتشرعة في الأموال والأفعال ، فلاوجه للقول بثبوت الضمان على الآمر من جهة دخول المال في ملكه وخروجه عنه ، كما يظهر من المحقق النائيني (قده) وعليه فاذا عين الثمن في الأمر يكون الضمان به ، وإلا فيضمن بالمثل أو بالقيمة .

ثم إنه ذكر أمثلة اخر يتوقف فيها التصرف على الملك : (منها) ـ ثمن الهدي

حيث ادعى اعتبار كونه ملكا للمهدى ، وقد استشهد المصنف (ره) في عدم جواز وطء الجارية بالاباحة بماحكاه عن حواشي الشهيد (قده) من منعه إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة وثمن الهدي ولا وطء الجارية (نقول): أما الاستشهاد بكلامه (قده) في المقام فغريب ، لان مورده المأخوذ بالمعاطاة المقصود بها الملك على القول بترتب الاباحة عليها شرعاً وكلامنا في الاباحة المالكية ، ولاربط لاحداهما بالاخرى ، فهو أجنبي عما نحن فيه كما ذكره السيد (قده) في الحاشية .

وتوضيح ذلك : أن كلامنا في المقام إنما هو في الكبرى أعنى جواز التصرف المتوقف على الملك من غير المالك ، ونفوذه بعد الفراغ عن الصغرى ، وهي تعلق الاباحة به . وفى المعاطاة بالعكس أعنى إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك بالمعاطاة المقصود بها الملك وعدمها بعد الفراغ عن الكبرى أعني نفوذ التصرفات المتوقفة على الملك لو فرض تعلق الاباحة به ، إذ المفروض كون الاباحة شرعية ، فكل من المقامين اجنبي عن الآخر .

وأما أصل المطلب فالظاهر عدم اعتبار الملك في ثمن الهدي ، فان ما يظهر من الاخبار وجوب سوق الهدى فى حج القران ، ووجوب ذبحه هناك في حج التمتع ، وليس فى شيء منها تعرض لملك الثمن اصلا ، بل لا يبعد استفادة عدمه مما ورد في بذل الحج .

هذا مضافا إلى أنه لا يتصور لاخراج ثمن الهدي من مال الغير معنى معقولا وذلك لأن المهدي إما أن يشتري الهدي بذمته ثم يؤديها مما ابيح له ، وعليه يكون الثمن مال نفسه ، وإنما أوفاه من مال الغير ، وإما أن يشتريه بشخص مال الغير . (وعليه) إن قصد الشراء للمالك فالهدي بنفسه يكون للمبيح ، فهو نظير أن يبيح له سوق الهدي الموروث له من والده مثلا ، وان قصد الشراء لنفسه ، فهو داخل فيما هو معلوم من شراء أحد بمال الغير لنفسه شيئاً ، ولا معنى لاخراج ملك الغير في

قوله (ره) : (نظير الملك التقديري في الدية بالنسبة الى الميت..)(١)

ثمن الهدي .

(ومنها) ـ المهر وقد توهم اعتبار كونه ملكا للزوج ، ولكن الظاهر أن أصله ليس ركنا في النكاح ، فيجوز بلا مهر فضلا عن اعتبار كونه ملكا للزوج.

(ومنها) ـ الاخراج في الخمس والزكاة . والكلام فيه إن قلنا بتعلقها بمالية العين ـ كما هو المختار ـ فيكون مشتركا بين المالك ومستحقيها ، ولا ينبغي الإشكال في أن تبديل مال الغير بدون إذنه غير جائز ، وإنما ثبت حق ذلك للمالك لكونه أعظم الشريكين .

وأما غيره فلم يثبت له ذلك ، وإن قلنا بتعلقه بالذمة ، فيجري فيه ما تقدم فى الدين التعبدي وعدم سقوطه باداء الغير . هذا كله في دفع الغير عن المالك .

وأما إذا أخرجه المالك بنفسه في الخمس أو الزكاة ، فعلى القول بتعلقها بالذمة ابتداء او انتقالها الى الذمة بتلف مضمن ، فلا مانع من ذلك لجواز اداء الدين بمال الغير إذا ابيح التصرف فيه . والمفروض أنه قصد به القربة ايضا وأما على القول بتعلقها بالعين وبقائها كذلك ، فالظاهر عدم الجواز ، لأنه إن قصد به المبادلة للمالك على أن تنتقل حصة الفقراء أو السادة اليه ويكون هو الشريك معه ، فلم يثبت له حق ذلك ، فان غاية ما ثبت إنما هو الولاية على تبديل حصتهم بمال نفسه ليتمحض له المال كله ، وإن قصد المبادلة لنفسه بأن يدخل حصتهم في ملكه مع خروج عوضها عن ملك الآخر فهو مناف لحقيقه البيع عقلا ، فلا يصح .

هذا كله على القاعدة . وأما ما تقتضيه الأخبار الخاصة في إخراج مال الغير في الزكاة أو الخمس أو إعطاء الغير له ذلك بالزام معاملي أو بغيره ، فللبحث فيه مقام آخر .

(١) بناء على تلقي الورثة ملك الدية عن الميت ، كما دل عليه جملة من الروايات

قوله (ره) : (منهم قطب الدين . . .) (١) .
قوله (ره) : (أما الكلام في صحة الاباحة بالعوض . . .) (٢) .

فلا مناص من الالتزام بحصول الملك للميت آناًما ملكية حقيقية لا تقديرية اذ لا نتعلقها فان الارث متقوم بذلك عقلا (نعم) قد يقال بأن ظاهر الآية المباركة : (فدية مسلمة الى اهله) وجوب تسليم الدية الى الوارث ابتداء . وعليه لا حاجة الى الالتزام بملك الميت أصلا لا تحقيقاً ولا تقديراً .

(١) سنتعرض لكلامه في بيع الفضولي إن شاء الله تعالى هذا تمام الكلام فى الجهة الاولى .

(٢) هذه هي الجهة الثانية من الكلام ولابد أولاً من التكلم في صحة العقد المركب من الاباحة والتمليك ، ثم على فرض تماميته نتكلم في كونه جائزاً من الطرفين أولا زماً كذلك أو يفصل ، فيلتزم بالجواز من طرف المبيح واللزوم من طرف المالك وجوه : ذهب المصنف (قده) الى أن اقواها الصحة واللزوم .

وتحقيق ذلك أن التمليك والاباحة قد يقعان مورد العقد الآخر من صلح أو إجارة او بيع ، كما إذا تصالح المبيح والمملك على الاباحة والتمليك وأنشأه بعنوان الصلح ، أو آجر كل منهما الآخر على ذلك ، أو باع أحد شيئا وجعل ثمنه الاباحة وقد تنشأ الاباحة في مقابل التمليك من دون تعلق عقد بهما .

(أما الاول) فلا إشكال في صحته ولزومه ، فيجب على كل منهما العمل بما التزم به وبملك كل منهما ذلك على الآخر (نعم) وجوب الاباحة على المبيح تكليفي لاوضعي ، فله الرجوع وضعا متى شاء ، بخلاف التمليك على الطرف الآخر (وعليه) فان اباح المبيح وكان مورداً لعقد الاباحة في الجملة لا يجوز للمالك الرجوع ، لأنه من أكل المال بالباطل وأما إذا لم يبح أو كانت الاباحة مستمرة - كما هو الظاهر - ورجع في الاثناء ثبت الخيار للمالك من باب تخلف الشرط .

قوله (ره) : (التنبيه الخامس في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود . . .) (١) .

(وأما الثاني) ، فقد عرفت فيما سبق عدم كونه من المعاوضات المالية ، وإنما هو إباحة مشروطة أو معلقة ، ولكنه مع ذلك صحيح على القاعدة . ويؤيده قوله (ص) الناس مسلطون على أموالهم ، فان مقتضاه تسلط المالك على اباحة مال الغير مشروطا أو معلقا كيفما أراد ، فان كانت إباحة مشروطة أي إباحة فعلية مجانية ، غايته قدشرط في ضمنها على المباح له تمليك ماله ، فيجب عليه الوفاء به ، لقوله (ص) : (المؤمنون عند شروطهم) جاز للمبيح الرجوع عن إباحته مهما أراد ، ولكن المملك ليس له الرجوع ابتداء ، لان تمليكه لم يكن هبة مجانية . لتكون جائزة ، وإنما كانت في مقابل الاباحة ، فهي هبة معوضة لازمة ، إلا إذا رجع المبيح ، وحينئذ لا يبعد أن يثبت للمملك ذلك لتخلف الشرط .

(وأما إذا كانت) إباحة معلقة شخصية أو نوعية ، بأن تكون فعليتها منوطة بتحقق المعلق عليه من دون أن يجب إيجاده على الطرف أصلا ، لعدم التزامه به ، فيجوز للمملك أيضاً الرجوع ابتداء ، لان تمليكه كان هبة مجانية جائزة ، إلا إذا كانت الى ذي رحم ، فتكون لازمة لايجوز له الرجوع الا اذا رجع المبيح ، فيثبت له خيار تخلف الشرط ، ولاينافيه اطلاق مادل على لزوم الهبة الى ذي رحم ، فانه ناظر الى لزومها من حيث كونها هبة ، فلامانع من ثبوت الخيار فيها من جهة اخرى.

(١) قد يقال باختصاص المعاطاة بالبيع وعدم جريانها في غيره من العقود فضلا عن الايقاعات ، لتوهم انحصار دليل صحتها بالاجماع أو السيرة ، وهي غير ثابتة الا في البيع ، ولكن المحقق ـ على ماحكى عنه المصنف (ره) ـ استظهر جريانها فى الاجارة من كلام بعض الاصحاب ، حيث ذكر أنه إذا أمره بعمل على عوض معين عمله واستحق الاجرة ، فانه لو كانت هذه اجارة فاسدة لم يجز العمل ولم يستحق

اجرة مع علمه بالفساد ، وظاهرهم الجواز بذلك ، وهكذا في الهبة .

(نقول) : أما استظهار المحقق (ره) ففي غير محله ، فان استحقاق المامور للاجرة غير ملازم لصحة الاجارة ، لامكان كونـــه من جهة احترام عمل المسلم الذي لم يقصد به التبرع وأتى بـه لأمر الآمر . وأما جريان المعاطاة في غير البيـع من العقود فتحقيق الكلام فيه أنه ان قلنا بتقوم العقود مفهوما باللفظ ، فلايصدق شيء منها بدونه ، ولازمه القول بفساد المعاطاة رأساً . وأما ثبوت الاباحة الشرعية أو الملك في البيع المعاطاتي فبدليل خاص من سيرة أو اجماع ، فلابد من الاقتصار في ذلك على المتيقن . وهو البيع دون غيره . وأما إذا لم نقل بذلك ، كما هو الصحيح لامكان انشاء جميع الانشاءات من العقود والايقاعات وغيرها بغير اللفظ ، لما عرفت من أن الانشاء عبارة عن ابراز الاعتبار النفساني بشيء سواء كان بالقول أو الفعل وعليـــه فمن الواضح صدق عناوين العقود أو الايقاعات على الاعتبارات المبرزة بالفعل كالقول وعليه تصح المعاطاة بالفعل المبرز للاعتبار النفساني لا خصوص العطاء الخارجي ، وتشملها الأدلة العامـــة والخاصة ، ويكون مقتضى القاعدة فيها الصحة واللزوم ، ولا يرفع اليد عن ذلك إلا بدليل شرعي من اجماع أو غيره دالا على عدم اللزوم أو على عدم الملك .

ولابد حينئذ في الاباحة الشرعية من الاقتصار على القـدر المتيقن من مورد السيرة ، وقد خرجنا عما تقتضيه القاعدة في موردين اعتبرنا فيها اللفظ للدليل الخاص وهما النكاح والطلاق واعتبار اللفظ في الثاني أظهر .

وبما بيناه ظهر فساد توجيه عدم جريان المعاطاة في النكاح بتقوم مفهومـه في اللفظ ، إذ لافرق بينه وبين سائر العقود من هذه الجهة ، كما ظهر فساد ماذكره المحقق النائيني (قده) في ذلك من أن النكاح والسفاح متقابلان ، فان الوطء قبل ايجاد العلقة يكون مصداقا للزنا ، فلايتحقق به مضاده وهو النكاح (فانه يرد عليه

أولا) ـ أنه أخص من المدعى ، لما ذكرنا من أن المراد بالمعاطاة هو العقد المنشأ بالفعل مطلقا ، ولم نعتبر في ذلك فعلا خاصاً ، فيمكن إبراز النكاح بفعل آخر غير الوطء من إشارة أو كتابة أو نحوهما (وثانيا) ـ أن تقابل النكاح والسفاح ليس من جهة اعتبار اللفظ في مفهوم النكاح ، وإنما هو من جهة أن النكاح عبارة عن الوطء عن استحقاق شرعي باختلاف الشرايع . والسفاح عبارة عن الوطء بغير استحقاق ومن الظاهر أن الوطء المبرز مع تحقق العلقة الزوجية بما يدل عليها ليس وطئا عن غير استحقاق ، فلا يكون مصداقا للزنا .

(نعم) لا إشكال في حرمة الوطء إذا لم يكن مسبوقا بالزوجية وإن قصد به الزوجية ، لظهور قوله سبحانه : (إلا على ازواجهم) عرفا في اختصاص الحل بما إذا تأخر الوطء عن الزوجية ، فمن حيث القاعدة لافرق بين النكاح وغيره من العقود ، إلا أنه يستفاد اعتبار اللفظ فيه من الاجماع وتسالم الاصحاب ، ومن قوله عليه السلام في نكاح المتعة : (فاذا قالت نعم فأنت أولى الناس بها) (١) فان مقتضاه اعتبار خصوص هذا اللفظ ، وقد رفعنا اليد عن الخصوصية ، للقطع بعدم اعتبارها . وأما أصل اللفظ فلا وجه لنفي اعتباره ، هذا كله في النكاح .

(وقد وضح) بما تقدم أيضا فساد ماذكره المحقق النائيني (قده) من عدم جريان المعاطاة في الوصية والضمان والايقاعات ، لعدم وجود فعل تنطبق عليه تلك العناوين خارجا ، وذلك لما عرفت أن صدق عنوان عقد أو إيقاع على فعل إنما هو بجعله مبرزاً للاعتبار المعلوم له ، كابرازه بالقول . ومن الظاهر إمكان إبراز الاعتبار النفساني في موارد الامور المذكورة بالفعل . نعم العطاء الخارجي لا يمكن أن يبرز به التمليك بعد الموت ، كانتقال الدين من ذمة المديون الى ذمة

---

(١) الرواية في الوسائل ج ٣ ص ٧٧ باب ١٨ كتاب النكاح في صيغة المتعة رواها عن أبان بن تغلب عن ابي عبد الله (ع) . (المقرم)

قوله (ره) : (وأما مسألة الهبة . . .) (١)

الضامن ، لكن الانشاء الفعلي لا ينحصر بالاعطاء كما عرفت ، فيمكن أن ينشأ الوصية او الضمان ونحوهما بالكتابة أو الاشارة ونحوهما مما يمكن ابراز تلك الامور بها . (نعم) لأبد من مناسبة واتصال عرفي بين الفعل وما يبرز بـه ، بحيث يكون الفعل مصداقاً لذاك العنوان عرفا ، والا فالقصور يكون من ناحية المبرز . ويشهد لماقلناه ـ من إمكان المعاطاة فيالايقاعات ـ ماورد من طلاق الاخرس وتحققه بالقاء القناع على رأس زوجته ، فان الخرس لايجعل المستحيل ممكنا فينكشف به إمكان المعاطاة في الايقاعات ، غايته اعتبر في بعض الموارد دون بعض .

(١) من الموارد التي استشكل جريان المعاطاة فيها الهبة لماذكره المصنف (قده) من أن توقف الملك في الهبة على الايجاب والقبول كاد أن يكون متفقا عليه . (وفيه) منع ثبوت إجماع في خصوص الهبة ، كما ذكر السيد (قده) في الحاشية ، وإنما ذكر الفقهاء اعتبار الايجاب والقبول في كل من العقود عند تعرضهم للبحث عنه ، بل بينوا اللفظ الذي يتحقق به الايجاب والقبول في كل منها ، فحال الهبة حال غيرها من العقود .

ومن الموارد التي منع جريان المعاطاة فيها القرض ، بدعوى أن القبض فيه شرط لحصول الملك ، والانشاء مقتض له ، فاذا جرى فيه المعاطاة بالقبض ، لزم اتحاد المقتضى والشرط ، وهو مستحيل ، لان المقتضي عبارة عن السبب المؤثر ، والشرط متمم لفاعلية الفاعل او لقابلية القابل .

وهما متقابلان يستحيل اتحادهما .

وفيه أولا ـ النقض بالهبة ، فان القبض فيها شرط لحصول الملك ، فاذا انشئت به لزم الاتحاد المزبور (وبيع الصرف) فان الملك فيه مشروط بالقبض ، فاذا أنشىء به لزم المحذور ، مع أن جريان المعاطاة فيها خصوصا فى الهبة مورد السيرة

قطعا . (وثانيا) - بالحل وهو ما ذكرناه مراراً من أنه لا يراد بالمقتضي والشرط في باب الاحكام ما هو المصطلح في معناهما ؛ بل المراد بالشرط الخصوصية التي قيد بها متعلق الحكم أو موضوعه ، فمرجع الشرط الشرعي الى القيد الماخوذ في متعلق الحكم ، ويعبر عنه بشرط الواجب ، أو فى موضوعه ويعبر عنه بشرط التكليف أو الوضع ، كما ان المراد بالمقتضي في المقام هو المبرز . وعليه فلا محذور في كون القيد المأخوذ في موضوع حكم الشارع بالملك مبرزاً للاعتبار النفساني ايضا ، فاذا تحقق يتحقق به كلا الامرين من الشرط والإبراز ، ويترتب عليه الملك .

ومن الموارد التي منع فيها المعاطاة (الرهن) وقد ذكر المصنف (قده) في وجهه ما حاصله أنه لو قلنا بلزوم المعاطاة في الرهن خالفنا الاجماع المنقول على عدم إفادتها اللزوم ، وإن بنينا على جوازه فالجواز مخالف لحقيقة الرهن الذي هو بمعنى الوثيقة وإن لم يرجع الراهن خارجا . وفيه (أولا) - أنه لم يحصل لنا من الاجماعات المنقولة في المقام الظن برأي المعصوم (ع) فضلا عن الجزم واليقين ، فليس في مخالفتها جرأة (وثانيا) - لو سلمنا اعتبارها ، فلابد من الاقتصار على القدر المتيقن من موردها ، وهي العقود التي يتصور الجواز فيها ، ولم يكن منافيا لحقيقتها . (وثالثا) - ليس شيء من كلمات المجمعين التي نقلها المصنف (قده) تصريح باعتبار اللفظ في لزوم العقد ، بل مضمون جميعها إلا ماشذ أن العقد لوخلي عن اللفظ أفاد الملك الجائز ، كما في كلام بعضهم ، أو افاد الاباحة كما في كلام البعض الآخر .

ومن الظاهر أن مورد هذا الكلام ليس إلا العقد الذي يدور أمره بين الجواز واللزوم ، فحكم عليه باللزوم تارة وبالجواز اخرى ، ولا يعم ما يدور امره بين اللزوم والفساد ، كما في الرهن فافهم ، فانه لا يخلو عن دقة . (وعليه) فمقتضى إطلاق الأدلة العامة والخاصة صحة الرهن ، سواء انشىء بالقول أو بالفعل .

قوله (ره) : (التنبيه السادس في ملزمات المعاطاة ...) (١)

ومن موارد المنع الوقف ، فقد ذكر المصنف (قده) أن الجواز غير معروف في الوقف .

(وفيه) أنه إذا ثبت من الخارج اعتبار اللزوم في الوقف إما لكونه عباديا وماكان لله تعالى لايرجع ، وإما لجهة اخرى ، فيلحقه حكم الرهن . ويجري ماهناك إذ لا فرق حينئذ بينهما إلا من حيث كون اللزوم في الرهن لازماً حقيقة . وفي الوقف لازم بحكم الشارع . وأما إذا لم يثبت من الخارج لزوم الوقف ، فحاله حال البيع . وعلى التقديرين تجرى فيه المعاطاة . ويؤكد جريانها فيه السيرة القطعية المستمرة على عدم ذكر الصيغة في كثير من الاوقاف ، مثل الفرش والحصر الموقوفة للمساجد أو المشاهد وغير ذلك ، ولم يعهد رجوع الواقفين أو وارثهم الى شيء منها

ومما ينبغي الاستشكال في جريان المعاطاة فيه العتق ، من حيث استلزامه رجوع الحر عبداً ، وهو ممنوع ، إلا أن الجواب عنه يظهر مما تقدم ، فانه إما ملحق بالرهن أو بالبيع .

التبنيه السادس

(١) أما على المختار من افادتها الملك اللازم فلا مجال لهذا البحث . وأما على القول بافادتها الاباحة أو الملك الجائز فينتهى البحث الى الملزمات ، وهي امور . وقد تعرض المصنف (ره) للأصل فيما إذا شك في لزوم المعاطاة وجوازها وذلك عند طرو ما يحتمل ملزميته كالتصرف المغير ، فحكم بأن الأصل - على القول بالملك - هو اللزوم ، لقوله تعالى : (لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض) وبغيره من الوجوه المتقدمة (وعلى القول بالاباحة) فالأصل عدم اللزوم ، لقاعدة السلطنة ، ولقوله (ص) : لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب

قوله (ره): (فاعلم أن تلف العوضين ملزم ...) (١)

نفسه، واستصحاب بقاء الاباحة بعد الرجوع على تقدير جريانه في نفسه غير جار مع وجود الدليل، وهو ظاهر.

نقول: ما أفاده أعلى الله مقامه - من اصالة اللزوم، بناء على الملك - متين جداً.

وأما على القول بالاباحة. فانما يتم بناء على مانسب الى العلامة رضوان الله عليه في بعض كتبه من فساد المعاطاة رأساً، وأن الشارع حكم في موردها باباحة التصرف، كحكمه بجواز أكل المار من ثمار الغير مع بقائه في ملك مالكه فيصح حينئذ القول بأن قاعدة السلطنة تقتضي جواز الرجوع، فاذا رجع تنتفي الاباحة، لكونها شرعية ثابتة بالسيرة أو الاجماع، وموردها ما دام لم يرجع المالك.

وأما على القول بكون المعاطاة عقداً صحيحا مشمولا للعمومات، غايته رفعنا اليد عن إفادتها الملك ما لم يحدث التلف والتصرف، للسيرة والاجماع، ففي غير المتيقن من مورد السيرة لابد من الرجوع الى العمومات، على ما هو الشأن عند إجمال المخصص المنفصل. ومعه كيف يمكن الرجوع. الى قاعدة السلطنة، واستصحاب عدم حدوث الملك بالتصرف المغير - مثلا - غير جار مع وجود الأصل اللفظي، وليست الشبهة موضوعية. والشك في تحقق شرط الملك ليستصحب عدم تحققه، فالاصل يقتضي اللزوم على التقديرين.

(١) علله - اعلى الله مقامه - بأن التلف - على القول بالاباحة - يكون من مال مالكه، ولم يحصل ما يوجب الضمان. والتمسك بقاعدة على اليد ما اخذت مندفع بما سيجيء. وعلى القول بالملك فمقتضى القاعدة - كما عرفت - اللزوم. وما ثبت من مخالفتها إنما هو جواز تراد العينين، فاذا ارتفع مورده امتنع الجواز، نظير جواز الرجوع في العين الموهوبة، بل مانحن فيه أضيق، لتعلقه بتراد العوضين

معاً ولم يثبت جواز حل العقد ، ليستصحب بقاؤه بعد التلف ، بل مجرد الشك في ذلك كاف في عدم جريان الاستصحاب ، لعدم إحراز بقاء الموضوع .

نقول : أما ماذكره من التعليل على الاباحة لا يبعد أن يكون من سهو القلم لمنافاته لما التزم به في رد استبعاد كاشف الغطاء (قده) بأن التلف مملك من الجانبين من حصول الملك قبل التلف آنآما ، ولا بعد فيه إذا كان مقتضى الجمع بين الادلة - اي الاتفاق على عدم الضمان بالمثل أو القيمة - وقاعدة على اليد ، لوضوح عدم تسليط المالك مجانا ، وبذلك قد حكم بالضمان في موارد العقود الفاسدة ، على ماسيجيء الكلام فيه في محله . واستصحاب عدم الملك إلا في الزمان المتيقن وقوعه فيه ، فان لازم ذلك أن تكون المعاطاة مفيدة للملك آنآما قبل التلف . هذا على مسلكه (قده) .

وأما على ما سلكناه فالأمر واضح ، فانه لا مانع من شمول العمومات والادلة الخاصة لمورد المعاطاة ، غاية الأمر أنه ثبت بالاجماع اشتراطه بأمر متأخر وهو التلف ونحوه ، كاشتراطه في الهبة وبيع الصرف بالقبض ، إلا أنه ثبتت الاباحة شرعا ما لم يحصل الشرط ، ولم يثبت ذلك في الهبة والصرف ، وعليه دائما يكون التلف من مال المعطى له ، كما في البيع اللفظي ، فيلحق بالقول بالملك أي الفرض الثاني

وأما ماذكره على القول بالملك ، ففيه أنا لم نتصور لجواز تراد العينين معنى معقولا ، فانه إن اريد به التراد في الملكية فهو معني فسخ العقد ، وإن اريد به التراد مع بقاء كل منهما في ملك مالكه بأن يأخذه ويحفظه له ، فهو خلاف المفروض .

(نعم) يمكن أن يراد بالجواز حق حل العقد بالتراد بحيث يكون التراد مصداقا للفسخ أو عند تحقق التراد خارجا ، نظير بيع الشرط اعنى الخيار بشرط رد مثل الثمن . (وعليه) يختص الجواز بفرض بقاء العينين ولا يثبت عند تلفهما ، بل احتمال ذلك كاف في المنع عن ثبوت الخيار بعد التلف .

قوله (ره) : حكم ما لو تلف أحد العينين . . .) (١)
قوله (ره) واما على القول بالاباحة الخ (٢)

فظهر بما بيناه فساد ماذكره المصنف (قده) من التعليلين وإن كان أصل الدعوى - أعني كون التلف من الجانبين - ملزما صحيحا . أما على المختار فلان العمومات كانت تقتضي الملكية ولزومها من اول الامر ، وإنما خرجنا عنها الى ما قبل التلف آناًما لقيام الاجماع على اشراط حصول الملك او اللزوم بها بالتلف وأما بعده فلم يثبت لها مخصص . وأما على ماسلكه فلدخول كل من المالين من أول الامر أو قبل التلف آناًما في ملك المعطى له ، والاصل في الملك هو اللزوم .

(١) ظهر بما تقدم حكم ما لو تلف أحد العوضين أو بعضه وأنه ايضا ملزم أما على المختار فلان المتيقن - من مورد الاجماع المخصص للعمومات - إنما هو فرض بقاء كلا العوضين فاذا تلف احدهما فالعمومات محكمة واما على مسلكه فلان المفروض دخول العين التالفه في ملك المعطى له قبل التلف آناما جمعا بين الادلة كما تقدم وقد عرفت ان الاصل في الملك هو اللزوم .

(٢) حكي عن صاحب الجواهر قده وفاقا لبعض معاصريه وتبعا لصاحب المسالك انه استوجه عدم اللزوم في الفرض لاصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة وملكه (ورد عليه) بانها معارضة باصالة برائة ذمته عن مثل التالف وقيمته فان مقتضى بقاء الملك جواز الرجوع فاذا رجع لابد وان يضمن التالف لمالكه بالمثل والقيمة وهو مناف لاصالة برائة ذمته عن الضمان فيعلم اجمالا بعدم جريان احد الاصلين فيسقطان معا على ما هو الشأن فى سائر موارد العلم الاجمالي ، ولا يتوهم التمسك بعموم على اليد والمنع لذلك عن جريان البرائة ومعارضتها مع استصحاب الجواز للقطع بعدم كونها يد ضمان قبل التلف بل بعده ايضاً ما لم يرجع المالك فان الضمان بالمثل او القيمة على تقدير ثبوته ضمان حادث لم يكن ثابتاً بعد تحقق اليد وثبوته .

قوله : (ره) لاصالة بقاء سلطنته الخ (١) .

قوله : (ره) والتمسك هنا بعموم على اليد الخ (٢) .

(ثم بعد ذلك) قرب ما استوجهه بدعوى حكومة استصحاب بقاء السلطنة على اصالة البراءة من الضمان بالمثل او القيمة فان الشك بالضمان بالمثل او القيمه مسبب عن الشك في الجواز مع ان ضمان التالف ببدله معلوم والكلام في ان البدل بدله الحقيقي او الجعلي اعني المسمى فلا معنى للرجوع الى البراءة عنه .

(ثم احتمل اخيرا) القول بالجواز من الطرفين لعموم قوله (ص) (الناس مسلطون على اموالهم) فان مقتضاه سلطنة المالك على ماله بجميع مراتبه من عينه وبدله فلكل من المالكين الرجوع باخذ ماله اذا كان موجودا وباخذ بدله الحقيقي اعني المثل او القيمة اذا كان تالفا وستعرف الحال في جميع ذلك انشاء الله .

(١) الظاهر عدم جريان هذا الإستصحاب على مسلكنا ومسلكه للقطع بحصول الانتقال وانتفاء سلطنة المالك السابق بخروج المال عن ملكه ودخوله فى ملك الاخر قبل التلف انا ما حتى العين الموجودة على ماهو قانون المعاوضة فكيف يستصحب بقاء السلطنة الزائلة (وان شئت قلت) ان الرجوع الثابت قبل التلف انما كان رجوع المالك الى ملكه وبعد التلف يكون من استرجاع ملك الغير وقد نهى عنه الشارع بقوله سبحانه (ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض) فالموضوع متبدل نعم لو احتمل بقاء عدم الملكية حتى في الآن المتصل بالتلف امكن الاستصحاب لكنه خلاف الفرض .

(٢) لا مانع من التمسك به في المقام لان الخارج عما تقتضيه السيرة والخبر من الضمان موردان (احدهما) اذا الغى المالك احترام ماله بتسليط الغير عليه مجانا فلا يكون ضامنا وعليه يبتني قاعدة مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده وقد ذهب بعض الفقهاء الى عدم ثبوت الدية فيما اذا اذن المقتول في قتل نفسه والغى احترامها

قوله : (ره) حاكمة على اصالة عدم الضمان بالمثل الخ (١) .

(ثانيهما) اليد الاماني سواء كانت مالكيه او شرعية وكلا الامرين منتف هنا (ودعوى) عدم كون اليد يد ضمان قبل التلف (ممنوعة) بل العام شامل لها من اول حدوثها غايته كان الضمان قبل التلف بنفس العين وبعده ببدل العين .

(١) هذه الحكومة مبنية على امرين يجل مقام المصنف (قده) على الاعتماد في شيء منها (احداهما) القول بحكومة الاستصحاب على البرائة عند وقوع المعارضة بينهما ولو في موردين كما قربه المحقق الهمداني (قده) في قضاء الفوائت من كتاب الصلاة (ويرده) انه مبني على حجية مثبتات الاستصحاب ولم يلتزم به (نعم) يتقدم الاستصحاب على البرائة اذا تعارضا في مورد واحد هذا مضافا الى امكان الرجوع فى نفي الضمان الى الاستصحاب فان الضمان بالمثل او القيمة لم يكن ثابتا قبل التلف فيستصحب فلايبقى مجال لهذا الوجه (ثانيهما) ان يقال بتقدم الضمان بالمسمى رتبة على الضمان بالمثل أوالقيمة فيتقدم جريان الاصل في الاول على الثاني .

(وبعبارة اخرى) منشأ الشك في الضمان بالمثل او القيمة هو الشك في بقاء الملك فاصالة بقائه حاكم على اصالة عدم الضمان (وفيه) ان الحكومة انما تتم فيما اذا كان ترتب الضمان بالمثل او القيمة على بقاء الملك شرعيا على ما هو الشان في جميع موارد الحكومة وليس كذلك فان الضمان المزبور مترتب على بقاء التالف في ملك مالكه الاول وهو من لوازم بقاء الموجود فى ملك مالكه عقلا فالحكومة فاسدة .

(وبالجملة) ثبوت الضمان في المقام انما هو من جهة التضاد وامتناع اجتماع عدمه مع جواز الرجوع ولا تتحقق الحكومة بذلك .

(نعم) اثبات الضمان بالمثل اوالقيمة باستصحاب بقاء كل من المالين في ملك مالكه الأول فيما اذا احتملنا ذلك فيكون تلف التالف تحت يدالاخر موجبا لضمانه له وهكذا لو اتلفه لكنك قد عرفت انه مناف للالتزام بالملكية اناما .

قوله : (ره) ماقد يقال من ان عموم الناس الخ (١) .
قوله : (ره) ولو كان احد العوضين دينا الخ (٢) .
قوله : (ره) ولو نقل العينين او احدهما بعقد لازم الخ (٣) .

---

(١) التمسك به من التمسك في العام في الشبهة المصداقيه لان مفاد تسلط المالك على مال نفسه وكون التالف او الباقي ملكا لمالكه الاول بعد التلف اول الكلام والحكم لايثبت الموضوع .

(٢) ذهب المصنف (قده) الى لزوم هذه المعاطاة على القول بالملك لان من في ذمته الدين يملكه فيسقط اذ لا معنى لسلطنة الانسان على مافى ذمة نفسه فيكون في حكم التالف لان الساقط لايعود وهذا معنى ماذكره الفلاسفة من استحالة تخلل العدم بين الوجود الواحد فلا يجوز الرجوع بعد ذلك لانتفاء موضوعه وهو التراد ثم ذكر ان الحكم كذلك على القول بالاباحة فافهم .

وافاد المحقق النائيني (قده) في توجيهه ان الاباحة في المقام اباحة مطلقة وهي كالسلطنة المطلقة فلا محالة يكون اثرها السقوط كالملك (ونقول) الظاهر لزوم المعاطاة في الفرض لكن لامن جهة ان الدين يستحيل ان يملكه من فى ذمته لإستلزامه سلطنة الإنسان على نفسه فلا بد وان يسقط لما عرفت فى تعريف البيع من امكان ذلك بل لأن الجواز الثابت فى المعاطاة ليس بمعنى السلطنة على فسخ العقد وانما هو بمعنى تراد العينين فيختص بما اذا كان العوضان من الاعيان الخارجيه التي يمكن فيها التراد ولذلك لا يثبت الجواز حتى فيما اذا كان احد العوضين دينا فى ذمة شخص اخر غير المتعاطيين لعدم امكان التراد فتامل .

(٣) اما قبل عودها فعدم جواز الرجوع واضح وكذا الحكم اذا رجعت بفسخ او اقالة اوغير ذلك اما على القول بالإباحة فلدخول العين قبل وقوع العقد عليها آناما في ملك المعطي له سواء كان العقد معاوضيا او غير معاوضي بل ويلحق

قوله : (ره) ولو باع العين ثالث فضولا الخ (١) .

بالعقد كل تصرف متوقف على الملك كالوطىء في الجارية فينتفى بذلك سلطنة المالك على الرجوع الثابتة قبل ذلك لانها كانت جوازا حكميا بمعنى رجوع المالك الى ملكه ولذا لم تكن قابلة للاسقاط وقد ارتفعت يقينا والجواز بعد ذلك اذا ثبت يكون جوازاً حقياً بمعنى السلطنة على تملك ملك الغير وهو محتاج الى دليل ومجرد الشك كاف فى المنع عنه .

(واما على القول بالملك) فان كان رجوع العين الى ملك البايع بسبب اخر من ارث او مهر او عقد اخر فالملكية الناشئة منه ملكية اخرى ولم يكن للمالك حق الرجوع فيها وحلها وانما كان له السلطنة على فسخ الملكية السابقة والزائلة على الفرض وان كان بفسخ او اقالة فالملكية العائدة وان لم تكن مغايرة للملكية السابقة الا ان المتيقن من مورد الإجماع القائم على جواز المعاطات على القول بالملك غير ذلك والإستصحاب غير جار للقطع بالإنتقاض فى الاثناء .

(نعم) على القول بالملك لايكون الوطىء ونحوه من التصرف المتوقف على الملك ملزماً لعدم توقفه على اللزوم (ولاوجه) لقياس المقام بخيار العيب حيث يكون التصرف فيه مسقطا للخيار فان ذلك ثبت بدليل خاص على سقوطه باحداث الحدث واي حدث اعظم من الوطىء خصوصاً فى الباكرة ولم يدل دليل عليه في المقـام .

(اللهم الا ان يقال) على ماسلكناه ان القاعدة والعمومات كانت شاملة للمعاطات وكان مقتضاها اللزوم وانما خرجنا عنها بالإجماع والمتيقن منه ما اذا لم يحدث التصرف المتوقف على الملك .

(١) يقع الكلام فى امور ثلاثة الأول فى الإجـازة الثاني فى الرد الثالث فى تعارضهما اما الإجازة فتنفذ من المالك ويكون ذلك رجوعا عن المعاطاة سواء قلنا

بالملك او بالإباحة ومن المعطى له اذ المفروض صحة العقد المستند اليه مباشرة او بالتوكيل والإستناد اليه بقاءً يحصل بالإجازة (واما الرد) فيجوز من المالك لأنه على القول بالاباحة مالك وعلى القول بالملك يكون فسخاً للمعاطاة لانه تصرف مالكي بل لايبعد كونه رجوعاً حتى على القول بالإباحة لأن الإباحة لم تكن مالكية وانما كانت شرعيه مترتبة على المعاطاة المقصود بها انشاء الملك فاذا رد المالك فمعناه الرجوع عما انشأه من التمليك فاذا انتفى انشاء التمليك انتفت الإباحة الشرعية المترتبة عليها لامحالة وهكذا ينفذ الرد من المعطى له على القول بالملك فلوقوع العقد الفضولي على ملكه فله رده واما على الإباحة فربما يقال بنفوذه ايضاً نظراً الى ان الرد تصرف مالكي يستكشف به دخول العين في ملكه قبله آناما فبعد الرد تكون العين ملكا له .

(اللهم الا ان يقال) ان التصرف المالكي من المباح له اذا كان في العين يكشف عن حصول الملك قبله آناما وليس الرد تصرفاً فى العين وانما هو تصرف في العقد الواقع عليها ولم يثبت له جوازه اصلا (واما تعارض الرد والإجازة) كما اذا رد المالك الاول واجاز فان كانت الإجازة سابقة على الرد فلا يبقى موضوع للرد وتكون الإجازة نافذة دون الرد واما اذا تأخرت الإجازة عنه بأن سبقها الرد يكون رد المالك فسخاً للمعاطاة ورجوعاً عنها بالإلتزام فهل يكون الرجوع مقدما على الإجازة اوهي تتقدم عليه جعله المصنف (ره) مبنياً على القول بالنقل والكشف فعلى النقل يتقدم الرد لكونه رجوعاً عن المعاطاة فلا يبقى للثاني حق الإجازة وعلى الكشف تكشف الإجازة عن خروج العين عن ملك المالك الأول قبل رده فلم يحصل الرد من المالك فيلغى (ثم احتمل) لغوية الإجازة لأن الكاشف انما هو اجازة المالك وهى اول الكلام .

(ونقول) اما على النقل فالرد مقدم على الإجازة كما افيد في المتن واما على

قوله : (ره) ولو امتزجت العينان الخ (١) .

الكشف فسيأتي ان الكشف على وجوه وان قلنا بالمعرفية المحضة كالامارات لايبعد تقدم الإجازة على الرد (وان قلنا) بالشرط المتأخر او اعتبار وصف التعقب فلا ينبغي الريب في تقدم الرد لان الكاشف عن حصول النقل والانتقال بالعقد الفضولي انما هو اجازة المالك اي اجازة من له الولاية عليها مع قطع النظر عن الإجازة على ما هو ظاهر قوله (تعالى) (الا ان تكون تجارة عن تراض) فان المراد به رضا المالك لا الغاصب وليس للمعطى لهذلك لان الرد لولا الإجازة كان نافذاً وقد عرفت انه رجوع عن المعاطاة بل يجرى ما ذكرناه على القول بالكاشفية المحضة ايضا فان الكاشف انما هو اجازة من يلي امرها لا اجازة الاجنبي .

ويحتمل كلام المصنف (قده) وجها اخراً ليس فيه تبعيد المسافة وهو ان تفرض المعاوضة ابتداء بين رجوع المالك عن المعاطاة واجازة المعطى له بل هو الظاهر من قوله (قده) (ولو رجع الاول فاجاز الثاني) حيث عبر بالرجوع دون الرد وعلى هذا لايحتاج الى اثبات كون رد المالك فسخاً للمعاطاة على القول بالملك او مطلقاً .

(١) ان كان المزج ملحقاً بالتلف كما اذا مزج الدهن بالمرق فلا اشكال في سقوط الرجوع وان لم يكن كذلك فظاهر المصنف (ره) سقوط الرجوع على القول بالملك لعدم امكان التراد وان احتمل الشركة وعلى القول بالإباحة فالاصل بقاء التسلط على ماله الممتزج .

وعلى ماسلكناه يكون اللزوم في الفرض فى غاية الوضوح فان مقتضى العمومات لزوم المعاطاة ، وقد خرجنا عنها بالإجماع والمتيقن من مورده امكان استرجاع الملكية الإستقلالية السابقة على ان السيرة في مثله قائمة على اللزوم .

قوله: (ره) ولو تصرف في العين الخ (١).

قوله: (ره) ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطاة نظير الفسخ الخ (٢).

(١) ذكر المصنف (ره) في التصرف المغير كعجن الدقيق وتفصيل الثوب انهغير ملزم على القول بالاباحة واما على القول بالملك فوجهان مبنيان على جريان الاستصحاب وعدمه وزعم ان منشأ الاشكال كون الموضوع في الاستصحاب عرفياً او حقيقياً وقد ظهر بما بيناه ان مقتضى القاعدة في الفرض ايضاً هو اللزوم على ما اخترناه للاقتصار في رفع اليد عن العمومات على المتيقن من مورد الاجماع بل السيرة على اللزوم في هذا الفرض اقوى من الفرض السابق ولذا يعد الرد بعد التغيير مستهجناً خصوصاً من المغير.

(٢) فصل اعلا الله مقامه في سقوط الرجوع بموت المتعاطيين او احدهما وعدمه بين القول بالملك والقول بالإباحة وحاصل ما افاده انه على القول بالملك يسقط الجواز بالموت لأن الجواز فى المعاطاة حكمي قائم بالشخص غير قابل للاسقاط والإنتقال كجواز الرجوع في الهبة وليس حقياً في الخيار في العقود اللازمة ليورث فاذا مات احد المتعاطين ليس لوارثه الرجوع (واما على القول بالإباحة) فالرجوع ثابت للوارث لأن الإباحة قائمة برضى المالك كما في الطعام المهدى الى الضيف ليأكله حيث يجوز الرجوع لمالكه في كل آن فاذا انتقل المال الى الوارث جاز له الرجوع وينتفي اباحة التصرف للمباح له برجوع المالك ثم ذكر (قده) انه لو جن احدهما الظاهر قيام وليه مقامه فى الرجوع على القولين.

(ونقول) امـا ماافاده من ان الجـواز على القول بالملك حكمي لاحقي فصحيح لماذكرناه في اول بحث البيع من ان الحق عين الحكم الا انه جعل اسقاطه بيد من له الحق فكلما لم يثبت قابلية الجواز او اللزوم للاسقاط كان مقتضى الاصل عدم

قوله : (ره) ان الشهيد الثاني ذكر في المسالك وجهين (١) .

سقوطه بالاسقاط فيكون حكميا .

واما ماذكره على القول بالاباحة فانما يتم لو كانت الإباحة اباحة مالكية فانها تدور مدار رضا المالك كما في الطعام المقدم الى الضيف ولذا اذا ارتفع رضا المالك في اثناء الاكل ولو بالجنون او بالاغماء على كلام فيه لايجوز الاكل ولكن الاباحة في المعاطاة ليست الا اباحة شرعية مترتبة على المعاطاة المقصود بها الملك وكان مقتضى القاعدة فيها ثبوث الملك وقد خرجنا عنها بالإجماع والمتيقن منه قبل موت المتعاطيين واما حين موته او قبله آناما فلم يثبت اجماع على عدم الملك فالعمومات محكمة فلا ينتقل المال الى الورثة ليكون بقاء الإباحة للمعطى له دائراً مدار رضاهم وهذا البيان يجرى على القول بالملك ايضاً فيلتزم بسقوط جواز الرجوع وان بنينا على كونه جوازاً حقياً .

(وان شئت قلت) ان الجواز الثابت بالإجماع انما هو لشخص المتعاطيين دون وارثهم (واما ماذكره) في الجنون من قيام ولي المجنون مقامه في الرجوع على القولين فلعل نظره في ذلك الى انه ليس هناك انتقال في الجواز وقد ظهر الحال فيه مما بيناه فان مقتضى العمومات ان تكون المعاطاة مفيدة للملك اللازم وقد خرجنا عنها بالإجماع والمتيقن منه ماقبل الجنون آناما هذا كله في الملزمات .

التنبيه السابع

(١) المقصود من هذا التنبيه البحث عن جريان الخيارات المختصة بالبيع فى المعاطاة وعدمه وقد وعد المصنف (ره) التكلم فيه عند بحثه عن اعتبار شروط البيع غير اللفظ في المعاطاة فى التنبيه الأول من التنبيهات وحكى عن المسالك وجهين في كون المعاطاة بيعا او معاوضة مستقلة مقدمة لبيان المقصود .

(وليعلم) انمورد الكلام انماهو المعاطاة المقصود بهاالتمليك بناء على ترتب الإباحة عليها شرعاً واما المعاطاة التى قصد بها الإباحة فليست بيعا ولا يجري فيها الخيار كما ان المعاطاه المقصود بها الملك على القول بترتبه عليها ولو جائزا بيع بلا كلام .

(وربما يتخيل) انه لاينبغي الكلام عن كون المعاطاة بيعا اصلا لانهان اريد بالبيع البيع العرفي فهي بيع اذا المفروض ان المتعاطيين قصدا التمليك ولا يعتبر اللفظ في صدق البيع عرفا وان اريد به البيع الشرعي فليست المعاطاة بيعا لعدم ترتب الملكية عليها (ولكن التحقيق) ان المعاطاة على القول بالملك اللازم بيع بلا اشكال وكذا على القول بترتب الملك الجائز عليها اذ لايعتبر اللزوم في مفهوم البيع واما على القول بالإباحة فكذلك لما مر منا مراراً من ان الإباحة المترتبة على المعاطاة ليست اباحة مالكية وانما هي اباحة شرعية ثابتة بالسيرة والاجماع واما المتعاطيان فقد قصدا بها التمليك وامضاه الشارع غاية الأمر مشروطاً بشرط متاخر عن المعاطاة مقارن لحصول الملك من التصرف المغير او التلف ونحوهما كاشتراط صحة بيع المكره وترتب الاثر عليه بالاجازة اللاحقة او اشتراط بيع الصرف بالقبض .

نعم حكم الشارع في المعاطاة باباحة التصرف مالم يحصل شرط الملك ولم يحكم بها في بيع المكره وبيع الصرف ونحوه (وعليه) فالمعاطاة تكون بيعا من اول حدوثها على جميع الاقوال حتى الاباحة كما ان بيع المكره والصرف ايضا بيع قبل حصول الإجازه والقبض.

واما جريان الخيار فيها فتفصيله ان الخيار قد يكون بتعبد شرعي كخيار المجلس والحيوان وقد يكون ناشئاً من تخلف الشرط فان جعل الشرط لامعنى له الا جعل الخيار عند تخلفه (ثم الشرط) قد يكون لفظياً مذكوراً في العقد وقد يكون ارتكازيا كاعتبار صحة العوضين وعدم تفاوت الثمن عن القيمة السوقية تفاوتا فاحشا في المعاوضات ولذا يكون التخلف في الأول موجبا لثبوت خيار العيب وفي الثاني يكون موجبا

قوله : (ره) لا اشكال في تحقيق المعاطاة الخ (١)

لخيار الغبن وهذا القسم من الخيار لا اشكال فى جريانه في المعاطاة .

وانما الكلام في جريان القسم الاول فيها فنقول اما على المختار من القول بافادة المعاطاة للملك اللازم من اول الامر فلا ينبغي الاشكال في جريان جميع الخيارات فيها وهكذا على القول بافادتها الملك الجائز اذ لامانع من ثبوت الخيار بعناوين عديدة بينها عموم من وجه ولا وجه لماذكره المصنف (ره) من كون الجواز فى المعاطاة غير متعلق بالبيع بل هو متعلق بتراد العينين (لما عرفت) من ان جواز التراد معناه التراد فى الملكية وهو عبارة اخرى عن فسخ العقد فهو كبقية الخيارات كما لاوجه لما ذكره المحقق النائيني (ره) من انه لا يلحقها خصوص خيار المجلس والحيوان لظهور دليلهما في اختصاصهما في البيع العقدي الذي مبناه على اللزوم لولا الخيار (وذلك) لانه ان اراد ابتناء العقد على اللزوم بحسب قصد المتبايعين فالمعاطاة كذلك لان المفروض ان المتعاطيين قصدا التمليك اللازم وان اراد ابتناءه عليه شرعاً فهو فاسد ولذا يثبتان في البيع الجائز بشرط ونحوه مع عدم ابتنائه على اللزوم شرعا .

واما على القول بالاباحة فحال المعاطاة على ماعرفت حال بيع المكره وبيع الصرف فكما يثبت فيهما خيار المجلس والحيوان ويترتب عليه الاثر بعد حصول الشرط فكذلك في المقام وقد ظهر بما بيناه انه لاوجه للترديد في مبدء ثبوت خيار الحيوان فى المعاطاة .

التنبيه الثامن

(١) اطال المصنف (ره) الكلام في هذا التنبيه من غير حاجة الى ذلك ونحن نختصره ونقول لواكتفينا من الانشاء القولي بكل لفظ مبرز عرفا للاعتبار النفساني

قوله : (ره) مقدمة في خصوص الفاظ عقد البيع الخ (١)

فلا مجال لهذا التنبيه واما اذا اعتبرنا فيه بعض الشروط فيقع الكلام في ان الفاقد لها يلحقه حكم المعاطاة اولا او يفصل بين حصول القبض وعدمه الظاهر هو الثاني وهو عدم كون العقد اللفظي الفاسد معاطاة من غير فرق بين تحقق القبض بعده وعدمه فان الانشاء اللفظى اذاكان فاقدا لشرط اللزوم فلا اشكال في صحته وترتب الاثر عليه غاية الامر تسلط كل من المتبايعين على فسخه وان كان فاقداً لشرط الصحة فلا مناص من الحكم بفساده والقبض المبني على العقد اللفظي ليس انشاء فعليا للتمليك بل يكون من قبيل قبض المقامر واقباضه مترتباً على القمار من باب الوفاء بالعقد والالتزام السابق وعليه فيجري فيه مايجرى في بقية العقود الفاسدة من عدم جواز التصرف في العوضين ومن الضمان .

ولا يقال ذلك في المعاطاة على القول بعدم افادتها الملك فان الاباحة في موردها قدثبتت بدليل خارجي من سيرة واجماع ولم يثبت ذلك فى المقام .

نعم يستثني من ذلك موردان بنحو الاستثناء المنقطع (احدهما) ماإذا قصد بالقبض او الاقباض انشاء التمليك مستقلا مع قطع النظر عن العقد اللفظي السابق (ثانيهما) ما اذا علم كل منهما برضاء الاخر تصرفه في ماله فيباح له التصرف مادام عالما بذلك ولا يكفي في الاباحة عدم العلم بالرجوع كما افاده المصنف (ره) وذلك لان الاذن بالتصرف انحلالي فكل تصرف فى كل آن لابد له من اذن خاص به الا اذا كان الاذن المتيقن سابقاً بنحو الاستمرار ثم شك في ارتفاعه بالرجوع فحينئذ لامانع من الاستصحاب هذا تمام الكلام في المعاطاة ،

البحث في شروط الصيغة

(١) قد ذكر فى هذه المقدمة اموراً منها ان اعتبار اللفظ فى البيع بل فى جميع

العقود مما نقل عليه الاجماع الا انه مختص بفرض القدرة مع الإنشاء القولي واما مع العجز كما فى الاخرس ففى فرض عـدم القدرة على التوكيل لااشكال ولا خلاف في عدم اعتبار اللفظ وقيام الاشارة مقامه وكذا مع القدرة على التوكيل لا لإصالة عدم الاشتراط لان الاشتراط هوالاصل بل لفحوى ماورد من ان طلاق الاخرس اشارته وتخصيصه بفرض العجز عن التوكيل تخصيص بالفرد النادر فيصح المعاطاة من الاخرس مطلقا كما يصح منه الانشاء بالاشارة والكتابة .

(ومنها) انه لو قلنا بأن الاصل فى المعاطاة هو اللزوم بعد القول بافادتها الملك فالقدر الخارج صورة القـدرة على مباشرة اللفظ واما غيرها فهو باق تحت الاصـل .

(ومنها) ان الظاهر كفاية الكتابة مع العجز عن الاشارة واما مع التمكن منها فقد ترجح الاشارة لكونها اصرح في الانشاء (ثم بعد ذلك) شرع فى الخصوصيات المعتبرة في اللفظ من حيث المادة من كون اللفظ صريحا او كفاية الكتابة ومن حيث الهيئة الانفرادية كالماضوية ومن حيث الهيئة التركيبية كالموالات وتقدم الايجاب على القبول .

وقبل بيانها لابد لنا من التكلم فى جهات (الاولى) فيما يقتضيه الاصل العملي عند الشك في شرطية شيء اوما نعيته مع فرض عدم وجود اصل لفظي رافع للشك وقدعرفت ان ظاهر المتن انالاصل يقتضي الاشتراط وعدم ترتب الاثر على الفاقد لما يحتمل شرطيته (ولكن قـد يقال) كما عن بعض المحشين انـه مورد للبرائة فان حديث الرفع يعم الاحكام الوضعيـة وقد طبقه الإمام (ع) على نفي الصحـة عن الحلف المكره عليه فاذا ارتفعت شرطيته لا يبقى مجال للتمسك باصالة عدم ترتب الاثر لان الشك فيه مسبب عن الشك فى الشرطيه .

(وفيه) ان حديث الرفع وان كان شاملا للاحكام الوضعيه كما ذكره الا

انه لايعم الشرطية والمانعية لما بيناه مرارا من انه لايراد بهما في الاحكام الشرعيه معناهما المصطلح بل الشرط الشرعي عبارة عن الامر الوجودي الماخوذ في موضوع الحكم او متعلقه والمانع عبارة عن الامر العدمى الماخوذ فيه فأن اخذا في الموضوع فلا محالة يكون الشرط شرطا للحكم التكليفي كالاستطاعة الماخوذة في موضوع وجوب الحج او الوضعي كالتعدد الماخوذ في موضوع الحكم بطهارة المغسول ويكون المانع مانعا عن الحكم وان اخذا في متعلق الحكم يكون الشرط شرطاً للمتعلق والمانع مانعاً عنه .

(وعليه) فمرجع الشك في شرطية شيء للحكم الى الشك في حصول الأثر وترتبه على الفاقد للقيد المحتمل اعتباره وعدمه وليس ذلك مورداً للبرائة بل هو مورد لاصالة العدم .

(الجهة الثانية) اذا كان هناك عموم او اطلاق يقتضى صحة العقد او لزومه وثبت الاجماع على اعتبار شرطه في ذلك فالظاهر اختصاص اعتباره بصورة التمكن من ايجاد ذلك الشرط واما مع العجز فالاطلاق محكم للزوم الاقتصار على القدر المتيقن في المخصص او المقيد اللبي وفي غيره يرجع الى المطلق او العام (وعليه) فيكتفي في عقد الاخرس بغير اللفظ من الانشاء بالإشارة او الكتابة المقصود بها الانشاء او المعاطاة بعد كونها مصداقا للبيع او العقد عرفا على ماهو الصحيح سواء كان متمكنا من التوكيل ام لم يكن من دون حاجة الى التمسك بفحوى ماورد في الطلاق اوغيره (نعم) تكون الفحوى مؤيدة للعمومات والمطلقات (ويلحق بالاخرس) فيما ذكرنا غيره ممن لايقدر على الانشاء اللفظي لمرض اوضطرار او جهل كل من المتبايعين بلغة الاخر او غير ذلك .

(الجهة الثالثة) ربما يقال بتقديم الاشارة على الكتابة لانها اصرح فان الكتابة قد تكون لاجل التعليم والتمرين بخلاف الاشارة وربما تقدم الكتابة على

قوله : (ره) اما الكلام من حيث الماده الخ (١)

الاشارة لكونها اضبط (وفيه) انه لو سلمنا الصغرى فلا ريب في ان الكبرى ممنوعة اذ لا دليل على الترجيح بالاصرحيه او الا ضبطيه والا لزم ترجيح الكتابة على الانشاء اللفظي ايضاً لأنه اضبط منه فالصحيح كما ذكرنا صحة الانشاء بكل مايكون مصداقاً له عرفا سواء كان لفظاً او كتابة او اشارة او تعاطيا من الطرفين او اعطاء من طرف واحد او غير ذلك من غير ترتيب بينهما (نعم) في خصوص الطلاق يستفاد الترتيب بين الكتابة والاشارة من النص (١) ولكنه مختص بمورده ولا يتعدى عنه ولا وجه لما ذكره السيد (قده) في الحاشية من كون الترتيب المذكور في النص انما هو من باب بيان طبع المطلب فان ظهوره في التعيين غير قابل للانكار .

هذا كله في اعتبار اصل اللفظ ويقع الكلام في خصوصياته .

(١) تفصيل الكلام في المقام انه لااشكال في وقوع العقد بالالفاظ الصريحه في انشاء العقد كما لاريب في وقوعه بالالفاظ الظاهرة فيه بحسب الوضع الحقيقى وان احتمل ارادة غير معناه مجازاً كما اذا انشأ الاجازة بقوله آجرتك الدار واحتمل ارادة الوديعة بها مجازا فانه يدفع باصالة الحقيقة والظهور وان كان ناشئا من الاطلاق كما اذا قالت زوجتك نفسي واحتملنا انها ارادت بها الانقطاع

---

(١) في الوسائل ج ٣ ص ١٤٩ باب ١٨ في الطلاق الصدوق باسناده عن البزنطي قال سألت ابا الحسن الرضى (ع) عن الرجل تكون عنده المرأة يصمت ولا يتكلم قال اخرس هو قلت نعم ويعلم منه بغض لامراته وكراهة لها ايجوز ان يطلق عنه وليه قال لا ولكن يكتب ويشهد على ذلك قلت فانه لايكتب ولايسمع كيف يطلقها قال بالذى يعرف به من حاله مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه لها (عبد الرزاق المقرم) .

(واما وقوعه بالكنايات) والمراد بالكناية استعمال اللفظ في معناه الحقيقي فيما اذا لم يكن مقصودا بالاصالة بل كان المراد اصالة لازمه كما في قولهم زيد كثير الرماد فأنه وان استعمل في معناه الحقيقي الا ان المقصود تفهيمه بالاصالة انما هو لازمه اعني الجود بل قد لايكون لزيد رماد اصلا فاذا انشأ العقد بالكناية كما اذا قال احدلغيره اصرف هذا المال في مطبخك فأن كان اللزوم بينا عرفاً يصح ذلك من غير فرق بين كون اللازم لازماً مساوياً او اعم للمعنى الحقيقي .

(واما وقوعه بالالفاظ المجازبة) فقد صرح جماعة بعدمه وربما فصل بين المجازات القريبة والبعيدة ويظهر من المصنف اعلا الله مقامه التفصيل بين ما اذا كانت القرينة على ارادة المعنى المجازي مقالية اوحالية بدعوى البناء على عدم العبرة بغير الالفاظ في انشاء العقود اجماعاً (والصحيح) وقوعه بها مطلقاً من غير فرق بين المجاز القريب والبعيد ولا بين كون القرنيه مقالية او حالية .

(وليت شعوى) فى اي مورد بني على اعتبار اللفظ فى القرينة واي اجماع قام على ذلك فان مابني عليه بالاجماع انما كان اعتبار اللفظ في اصل انشاء العقد لا القرينة عليه (نعم) اذا كان الاستعمال المجازي في مورد غلطاً عرفا وان كان المراد معلوما نظير ان يشير الى الرمان ويقول كل هذا الحجر فانه غلط وان كان المراد واضحاً وكأن يقول وهبتك موكلتي مريدا بها التزويج او يقول اجرتك الدار مريدا بها الوديعة لايصح لان العناوين المأخوذة فى الادلة ظاهرة في العقود العرفيه ولا يصدق ذلك اذاكان الاستعمال غلطاً عرفا ولعل هذا هو المراد من المجاز البعيد في كلمات الفقهاء .

(واعجب من هذا) التفصيل ما حكاه المصنف (ره) في الانشاء بالمشترك اللفظى او المعنوي من انه اذا كانت القرينة المعينة حالية او لفظيه سابقة على العقد لايصح انشاء العقد به وقد ظهر فساده .

قوله : (ره) منها لفظ بعت في الايجاب الخ (١)

قوله : (ره) واما لفظ شريت الخ (٢)

(وبالجملة) كلما كان اللفظ المنشأ به العقد مصداقاً له عرفا صح لشمول اطلاقات الادلة له من غير فرق بين كونه صريحا اوكناية حقيقية او مجازاً قريبا او بعيدا كانت القرينة لفظيه او عقلية وقد خرج عن ذلك موردان احدهما بالتخصيص والاخر بالتخصص اما ما خرج بالتخصيص فهو الطلاق حيث اعتبر فيه اللفظ الخاص بالنص واما ما خرج بالتخصص فهو ما اذا انشأ العقد بلفظ بعد استعماله فيه غلطاً عرفا كما اذا انشأ البيع بلفظ اكلت فانه وان كان مفهما للمراد شخصاً وقلنا ان العقد عبارة عن الاعتبار المبرز الا انه ليس مصداقا له عرفا فلا يعمه الا طلاقات هذا كله في الكبرى بقي الكلام فى تشخيص بعض صغرياتها .

(١) لا اشكال فى صحة انشاء البيع وايجابه بلفظ بعت وتوهم ان البيع بحسب تعريف المصباح فعل الاثنين فاستعماله في فعل الواحد وهو تبديل العين بالمال مجاز (مدفوع) بانه وان سلم ذلك الا ان استعماله فى التبديل كثير شايع في العرف غير محتاج الى القرينة فلا مانع منه .

(٢) نفى الاشكال اولا عن تحقق ايجاب البيع بلفظ شريت وذكر انه موضوع للتمليك بالبيع على مايظهر من القاموس وانه قد استعمل بمعنى البيع فى القرآن المجيد في موارد عديدة منها قوله (تعالى) (وشروه بثمن بخس دراهم معدودة) ثم استشكل في صحته من جهة قلة استعماله في البيع عرفا وخلو كلام القدماء عن الايجاب به (وفيه) من المناقضة مالا يخفى فانه نفى الاشكال عن الصحة اولا ثم وجهه بعد ذلك (على ان) اتباع القرآن المجيد هو المتعين خصوصاً بعد تصريح اهل اللغة فانه المتعين ولا يعتنى في قبال ذلك بخلو كلام القدماء عنه فالحق صحة انشاءالبيع

قوله : (ره) ومنها لفظ ملكت بالتشديد (١)
قوله : (ره) واما الايجاب باشتريت (٢)

بقوله شريت .

(١) حاصل ما افاده (ره) ان لفظ ملكت بالعوض مرادف للبيع ولذا عرف به كمرادفة الانسان للحيوان الناطق حيث لافرق بينهما الامن حيث بساطة المفهوم وتركبه (نعم) لفظ ملكت مجرداً عن ذكر المتعلق منصرف الى الهبة فلو اريد بلفظ ملكت بالعوض انشاء الهبة المعوضة اوقصد به المصالحة بني صحته على صحة العقد بالالفاظ المجازية ولكن السيد الطباطبائي (قده) حيث استظهر ان ماجعله المصنف (قده) مبنياً على صحة العقد بالالفاظ المجازيه انما هو انشاء العقدين بلفظ ملكت ولم يلتفت الى ان الأشكال من جهة الانشاء بالتمليك بعوض (اورد عليه) بما حاصله ان صحة انشاء الهبة غير المعوضة مستلزمة لصحة انشاء الهبة المعوضة ايضاً لأن حقيقته فى كليهما واحدة والتمليك مجاني .

(ولكن الظاهر) ان مراد المصنف (ره) انشاء الهبة المعوضة او الصلح بلفظ ملكت بالعوض مع المتعلق ولااشكال في كونه مجازا في الهبة المعوضة التي يكون التمليك فيها مجانيا وهكذا في الصلح فان واقع التسالم وان كان متحققاً في جميع العقود الا ان المنشأ في الصلح المصطلح انما هو مفهوم التسالم واستعمال التمليك بالعوض فيه مجاز كما هو ظاهر .

(٢) جريان الإشكال المتقدم فى شريت اولى لعدم استعمال اشتريت في البيع في القرآن الكريم الا في مورد واحد على ماذكره بعض المفسرين وهو قوله (تعالى) (بئسما اشتروا به انفسهم) حيث ذكروا انهلامعنى لشراء الانسان نفسه فلابد وان يراد بالاشتراء في الاية البيع (ولكنا بينا) في بحث التفسير امكان ابقائه على ماهو ظاهره من الشراء المتعارف بأن يكون المعنى شراء بعضهم نفس البعض الاخر

قوله : (ره) والاتكال في تعيين المراد الخ (١)

على ماهو ظاهر اضافة الجمع الى الجمع كما في قوله (تعالى) (فاقتلوا انفسكم) اذ ليس المراد منه ان يقتل كل منهم نفسه بل المراد قتل بعضهم بعضا .

فالظاهر من الآية التي هي واردة فى علماء اليهود وعوامهم على مايستفاد من مقارناتها انه بئس ما اشترى العوام به انفس علمائهم فان العلماء باعوا انفسهم من العوام تحفظا على مقامهم وجاههم وبئس ما اشترى به العلماء نفس عوامهم فانهم باعوا انفسهم من العلماء خوفا او طمعا .

وقد فسره بعض المفسرين ايضاً بالشراء المتعارف الاانه وجهه بتوجيه فاسد وكيف كان لم نجد استعمال الاشتراء بمعنى البيع فى شيء من الايات حتى الآيه المزبورة (لكن) مع ذالك يصح ايجاب البيع بـه لما عرفت من جوازه بكل لفظ كان مصداقا للبيع عرفا (وربما نوقش) في صحة ذلك بانالاشتراء من باب الافتعال وهو ظاهر فى المطاوعة وهي قبول فعل الغير فكيف يصح استعماله فى الايجاب .

(وفيه) ان الافتعال وان كان للقبول الا انه ليس لخصوص مطاوعة فعل الغير بل يصح اطلاقه في مورد قبول الطبيعة اعنى فعل نفسه كما في الاكتساب والابتداع ونحوه اذلا يراد به قبول كسب الغير او ابداع الغير بل المراد بـه قبول طبيعي الكسب والابداع (والحاصل) جواز ايجاب البيع بكل من هذه الالفاظ بل وبغيرها ممّا يكون مصداقا للبيع عرفا كلفظ نقلت وما شاكله .

(١) في بعض النسخ بدلالإتكال (والاشكال) وهوغلط مطبعى وحاصل ما افاده ان الاتكال فى تعيين المراد من لفظ اشتريت ونحوه المستعمل فى الايجاب بقرينة تقديمه لأن تقديم الايجاب اما لازم او غالب غير صحيح لعدم جواز الاعتماد على القرينة الغير اللفظية في تعيين المراد من الفاظ العقود الا ان يدعى ان اعتبار الصراحة انما هو في اصل انشاء العقد او تعيينه لافي تمييز الموجب

قوله : (ره) واما القبول (١)
قوله : (ره) بلفظ الامضاء والاجازة والانفاذ (٢)

عن القابل ثم استشكل فيه .

ونقول قد عرفت عدم اعتبار اللفظ الصريح فى اصل انشاء العقد والاكتفاء في تعيينه بالقرائن الحالية فضلا عن تميز البايع عن المشتري على ان تعين الموجب والقابل غير دخيل فى صحة العقد اصلا هذا في الفاظ الايجاب .

الفاظ القبول

(١) لا اشكال في وقوعه بلفظ قبلت ورضيت وابتعت وشريت واشتريت وملكت بالتخفيف وتملكت ونحو ذلك مماهو مصداق للقبول عرفا وانما الكلام في وقوعه بلفظ ملكت بالتشديد او بعت الظاهرين في التمليك الإبتدائي (ولكن على ما اخترناه) يجوز ذلك اذ غايته ان يكون من انشاء القبول بالألفاظ المجازيه بل لو قلنا بان البيع مشترك بين البيع والشراء يكون انشاء القبول به من الإنشاء باللفظ المشترك وكلاهما صحيح كما عرفت (بل يمكن ان يقال) بكفاية الإيجاب من الطرفين في صحة العقد ولو لم يكن في البين قبول اصلا كما اذا انشأ كل منهما تبديل عين ماله بشخص مال الآخر مقارنا فقال احدهما بعت دارى ببستانك والآخر قال بعت بستاني بدارك صح ذلك لصدق عنوان العقد والتجارة عن تراضى على ذلك فأن العقد عبارة عن الإلتزامين المربوطين احدهما بالآخر وهو متحقق فى الفرض كما ان التجارة عن تراض لم يؤخذ فيها الإيجاب والقبول .

نعم لايصدق على ذلك البيع والشراء كما لم يصدق على ما اذا قصد كل منهما خصوصية مال الآخر فلا يترتب عليه الآثار المترتبة على البيع .

(٢) قد يستشكل فيه كما عن بعض المحشين من جهةان الامضاء والنفوذ انما

قوله : (ره) لو اوقعا العقد بالالفاظ المشتركة (١)

قوله (ره) فلايبعد الحكم بالتحالف ثم عدم ترتب الاثار (٢)

يلحق العقد التام القابل لذلك مع قطع النظر عن الامضاء كعقد الفضولي والمكره واما الإيجاب فقط فهو مع قطع النظر عن الإمضاء لايكون عقدا اصلا (وفيه) انه لا مانع من ابراز القبول بكل لفظ كاشف عنه عرفا فيتحقق العقد بنفس الإمضاء ،

(١) لاينحصر الإختلاف بما اذا اوقعاه بالالفاظ المشتركة كما فرضه المصنف (ره) بل يمكن تصوير الإختلاف فيما لو اوقعاه بالألفاظ المختصة ولكن ادعى كل منهما انه قال بعت والآخر قال قبلت او بالعكس .

(٢) الظاهر انه ليس للبيع اثر مختص به نعم يترتب الخيار على خصوص الشراء في بيع الحيوان فاذا كان احد العوضين حيوانا وادعى من انتقل اليه الحيوان انه كان مشتريا وادعى الاخر انه كان بائعا (وعليه) لا يكون هذا الإختلاف من باب التداعى بل يكون مدعى اللزوم منكرا لموافقة قوله الأصل ومدعي الجواز والفسخ مدعيا لمخالفة قوله الأصل فان مرجع اختلافهما الى ذلك (نعم) لو كان كل من العوضين حيوانا وادعى كل منهما انه المشتري صح مع التحالف .

وبالجملة لو اقتصرنا في تعيين المدعي والمنكر بما هو مدلول مطابقي لكلامهما كان المقام من قبيل التداعي لأن كلا منهما آمراً ولازمه نفي ما يدعيه الآخر واما لو جعلنا الميزان في ذلك لوازم الكلام والآثار المترتبة عليه فالحكم ما بيناه ولعل المصنف (ره) رجح الثاني فنفي البعد عن كون الفرض من باب التداعي .

قوله : (ره) اعتبار العربية في العقد للتأسى (١)
قوله : (ره) وهل يعتبر عدم اللحن الخ (٢)

اعتبار العربيه

(١) استدل على اعتبار العربية فى العقد بوجوه ثلاثة الأول التأسى فان النبي (ص) والأئمة (ع) كانوا ينشؤن العقود بالعربية والتأسى بهم واجب (الثاني) الأولوية فأن عدم صحة العقد الواقع بالعربي غير الماضي يستلزم عدم صحته بغير العربي بطريق اولى (الثالث) ماحكاه المصنف (ره) عن بعضهم من المنع عن صدق العقد على غير العربي مع التمكن من العربي (اما الوجه الأخير) ففساده ظاهر واما الوجه الثاني فيرده ان فساد العقد العربي الواقع بغير صيغة الماضي انما يقتضي فساد العقد العجمي الواقع بغير الماضي بالالوية ولايقتضي فساد العقد العجمي مطلقاً (ولما الوجه الأول) فيدفعه ان التأسي بهم انما يجب في خصوص الأحكام الشرعية دون الامور العاديه ولذا لم يتوهم احد لزوم التكلم بالعربي مطلقاً تأسياً بهم (على ان التأسي) لوفرضناه واجبا فانما هوفي الوجوب التكليفي وهو لايستلزم الوجوب الشرطي الوضعي فلم يثبت دليل على اعتبار العربية في العقود (وعليه) فبناء على ما هو الصحيح من ثبوت العموم او الإطلاق لأدلة صحة العقود لابد من التمسك بها لاثبات صحة كل مايكون مصداقاً للعقد عرفا سواء كان عربيا او غيره الا في الطلاق للنص الدال على اعتبار اللفظ الخاص به وكذا النكاح للاحتياط لكون المورد من الموارد المهمة لدى الشارع .

(واما اذا فرضنا) عدم تمامية الاطلاق لتلك الادلة وكان الدليل على صحة العقود هو الاجماع فلابد من الاقتصار على المتيقن اعنى العقد العربي دون غيره .

(٢) هذه هي المسألة الثانية وهي غير متوقفة على اعتبار العربية في العقود

قوله : (ره) هل المعتبر عربية جميع اجزاء الايجاب والقبول (١)
قوله : (ره) ثم انه هل يعتبر كون المتكلم عالما تفصيلا (٢)

وحاصلها اعتبار عدم اللحن فى الفاظ العقد من حيث المادة والهيئة وعدمه سواء كان عربياً او عجمياً او عدمهما (ظاهر المصنف ره) تقوية الأول بناء على لزوم الاقتصار على المتيقن من اسباب النقل (ونقول) ان كان اللحن في الهيئة او المادة متعارفا كما تعارف التعبير عن زوجت بلفظ جوزت وعن بعت بلفظ بعت بكسر العين فلا ينبغى الاشكال في صحتة لصدق العنوان عليه عرفا واما اذا كان لحناً شخصياً كما اذا قال بغت بالمعجمة عوض بعت يكون ذلك فاسدا وهكذا فى غير العربي .

(١) قواه المصنف (ره) بناء على ما حكاه عن الشهيد فى (غاية المراد) من وحوب ذكر العوضين فيالايجاب (ولكن الظاهر) عدم اعتباره لعدم الدليل على العربية في ذكر العوضين وغيرهما من متعلقات العقد كالشرط ونحوه سواء وجب ذكرهما في متن العقد اولم يجب (مضافا) الى ان ذكر العوضين في العقد غير لازم اصلا اذا كانا معلومين من المقاولة السابقة او غيرها وهكذا الشرط .

(٢) هذه مسألة غير مترتبة على اعتبار العربية في العقد كما يظهر مس المتن وقد استظهر المصنف (ره) اعتبار علم العاقد تفصيلا بمعاني الألفاظ التي يستعملها فى انشاء العقد ويستعمل كل منها في معناه بان يعرف مثلا ان لفظ البيع معناه التمليك بالعوض ولفظ التاء للمتكلم وهكذا ليكون الاستعمال مستندا الى الوضع ولا يكفي علمه اجمالا بان هذه الجملة مضمونها هذا المعنى ويستعمل الجملة في المضمون فانه ليس استعمالا مستندا الى الوضع (ولكن الصحيح) عدم اعتبار ذلك بعد صدق العقد عرفا على انشاء المضمون بمجموع الجملة ولو لم يكن الاستعمال على طبق قانون الوضع وليس هذا الا كالاخبار عن قيام زيد بجملة زيد قائم مع عدم تميز

قوله : (ره) المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضويه (١)

معنى القائم عن معنى لفظ زيد .

اشتراط الماضويه

(١) وجه المصنف (ره) اعتبار الماضويه فى العقود بوجهين احدهما صراحة الماضي فى الانشاء واما المستقبل فهو اشبه بالوعد والامر بالاستدعاء ثانيهما ان قصد الانشاء في المستقبل خلاف المتعارف ثم حكى عدم اعتبارها عن القاضي ووجهه باطلاق البيع والتجارة وعموم العقود وما دل على بيع الآبق وبيع اللبن فى الضرع من الايجاب بلفظ المضارع وفحوى ماورد في النكاح ثم قواه لكن قيده بما لو فرض صراحة المضارع في الانشاء على وجه لايحتاج الى قرينة المقام ثم عقبه بقوله (فتأمل)

(ونقول) اما ماذكره من عدم تعارف الانشاء بالمضارع (ممنوع اولا) فيما يكون ظاهرا في الانشاء عرفا من المضارع والأمر كقولهم (خذه) في مقام انشاء الهبة فأن استعماله شايع وان كان الانشاء بصيغة الماضي اغلب (نعم) قد لايكون المضارع او الأمر ظاهرا فى الانشاء اصلا فلا يصح لامن جهة كونه خلاف المتعارف بل لعدم كونه مصداقا للعقد العرفي ولا كلام لنا فى ذلك لان البحث كبروي .

(وثانيا) انه لا اعتبار بالتعارف وعدمه بعد كون الصيغة مبرزة للاعتبار النفساني عرفا وتحقق مصداق العقد خارجا وهو الالتزامين المربوطين (ودعوى) انصراف الادلة الى المتعارف (فاسدة) لاوجه لها .

(واما ماذكره) من عدم صراحة المضارع والامر فى الانشاء ثم تقييد جواز الانشاء بالمضارع بما اذا فرض صراحته فى الانشاء (ففيه) ان الصراحة من حيث الهيئة غير معتبرة جزماً اذليس في هيئات الفاظ العقود ما تكون متمحضة في الانشاء

قوله : (ره) الاشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب (٢)

حتى هيئة الماضي فانها تستعمل في الاخبار كثيرا .

ثم انه كان ينبغي للمصنف (ره) التعرض للأنشاء بالجمل الاسمية والظاهر كونه متعارفا ايضا عند الناس فينشؤ الهبة بقوله هذا لك بدون ذكره العوض والبيع مع ذكره كما يتعين انشاء الطلاق بالجملة الإسمية على النحو الخاص وهو صحيح على ماعرف (نعم) بعض الجمل الإسمية غير ظاهرة فى الإنشاء اصلا كقوله انا بائع او انت مشتري او هذا مبيع او مشترى باضافة البيع او الشراء الى العين الا ان بيانها خارجة عن محل البحث لماعرفت ان البحث كبروى لاصغروي .

(فتحصل) عدم اعتبار هيئة خاصة في الفاظ الايجاب والقبول هذا كله في الخصوصيات المعتبرة في الفاظ الايجاب والقبول من حيث المادة والهيئة الأفرادية وفي المسألة الأتية نتكلم فيما يعتبر فيهما من حيث الهيئة التركيبته .

تقديم الايجاب

(١) ادعي الاجماع على ذالك وذكر المصنف (ره) خلاف الشيخ لهم في النكاح من المبسوط وان وافقهم في كتاب البيع منه واحتمل كون ماذكره في كتاب النكاح عدولا عما اختار في كتاب البيع وكيف كان لم يتحقق في المقام اتفاق اصلا فلايهمنا التعرض لخلاف الشيخ (ره) وانه عدول اومن باب التفصيل بين البيع والنكاح او غير ذلك فالمعتمد هو الأدلة وما يستفاد منها (والمصنف ره) فصل في ذلك بين الفاظ القبول والظاهر انه اول من فصل في المقام وحاصل ما افاده ان انشاء القبول ان كان بلفظ ملكت وتملكت او اشتريت ونحوه مما هو ظاهر بنفسه في انشاء التملك والتمليك التبعي فلا بأس بتقدمه على الأيجاب اذ لايعتبر في صدق العقد عنوان القبول بل هو متقوم بالتزامين مبرزين احدهما

مربوط بالآخر وتوهم كون التفعل والإفتعال للمطاوعة فكيف يتقدم على الإيجاب قد عرفت دفعه .

وأما اذا كان بلفظ قبلت او رضيت ونحوه مما ليس له في نفسه مجردا عن سبق الإيجاب ظهور في انشاء التمليك نظير تحريك الرأس وظهوره في الامر او النهي اذا كان مسبوقا بالسؤال وعدم ظهوره فيهما اذا لم يكن كذلك فلا يجوز تقديمه على الايجاب لعدم كونه حينئذ انشاء للتملك والتمليك الذي هو احد ركني المعاوضة بل غاية مدلوله الرضا بماينشؤه الموجب فيما بعدوهذا بخلاف قبول المعاوضة المنشأة سابقا فانه انشاء للتملك والتمليك حالا .

وهذا هو مراده (قده) من تبعية القبول للايجاب وكونه فرعا له ولذا اشكل على ما حكى عن بعض المحققين في رد الدليل المزبور من ان التبعية فى المقام تبعية فرضية تنزيلية وهي متحققة قدم القبول اواخر (بما حاصله) ان القبول المعتبر في العقد ليس مجرد الرضا وانما هو انشاء للتملك والتمليك كما تقدم وهو لا يتحقق بلفظ قبلت ونحوه الا اذا سبقه الايجاب ثم تعرض لتقدم القبول بلفظ الامر على الايجاب وانه غير جائز لان غاية مايدل عليه الأمر المتقدم انما هو الرضا بالمعاوضة المستقبلة ولا يدل على النقل بالحال .

(ثم قال في بعض الصغريات) ان ما ذكرناه جار فى كل قبول يؤدى بانشاء مستقل كالإجارة والنكاح واما مالا انشاء في قبوله (الا لفظ قبلت) او ما يتضمنه كارتهنت فى الرهن واتهبت فى الهبة واقترضت فى القرض فلا يجوز فيه تقديم القبول على الإيجاب مطلقا لما تقدم من عدم دلالة تلك الألفاظ على انشاء القبول اذا لم يسبقه الإيجاب فالمانع اثباتي وهو عدم وجود اللفظ الدال على انشاء القبول مستقلا .

وأما المصالحة المشتملة على المعاوضة فبما ان الالتزام الحاصل من كل منهما

نظير الالتزام المنشأ من الاخر ولا ميز بين الموجب والقابل من غير جهة التقدم والتاخر فان البادى في الصلح يكون موجبا والاخر قابلا وقد انعقد الاجماع على توقف العقد على القبول لزم ان يكون الالتزام من الآخر بلفظ القبول ونحوه لئلا يلزم تركب العقد من ايجابين فاذا انحصر فيه القبول بلفظ قبلت ونحوه تعين تاخيره عن الايجاب لما تقدم بيانه انتهى ملخصاً .

وحاصله المنع من تقدم القبول فيما اذا انشأ بلفظ دال على المطاوعة من جهة المادة او الهيئة سواء امكن انشاؤه بغيره او لم يمكن .

(ونقول) أما ماذكره فى انشاء القبول بلفظ قبلت ونحوه فانما يتم فيما اذا لم يذكر متعلقه فى الكلام ولم يكن متعينا من مقاولة سابقة ونحوها بحيث لم يتحقق له الظهور اصلا واما فيما تم ظهوره في انشاء التملك بعوض فلا مانع من تقديمه على القبول لعموم الادلة وقد عرفت ان بحثنا كبروي لا صغروي .

وعلى ما ذكرناه لا نحتاج الى التمسك بفحوى رواية سهل (١) التي ذكروا

(١) سهل المذكور هوسهل بن سعد الساعدي وحديثه مروى فى صحيح مسلم كتاب النكاح باب جواز كون الصداق تعليم القران وفي صحيح البخاري كتاب فضائل القرآن باب خيركم من تعلم القرآن وعلمه وفي باب القرائة عن ظهر القلب وفى كتاب النكاح باب المهر بالعروض وخاتم حديد وفى سنن الترمذي على هامش شرحه لابن العربي المالكى ج ٥ ص ٣٤ كتاب النكاح باب مهور النساء . وفي سنن ابن ماجة ج ١ ص٥٨٤ كتاب النكاح باب صداق النساء . وفي سنن النسائي ج ٢ ص ٨٢ كتاب النكاح باب التزويج على سورة من القرآن . وفي سنن ابي داود ج ٢ ص ٢٣٦ رقم ٢١١١ كتاب النكاح باب التزويج على العمل يعمل .

وفي موطأ مالك ج٢ص٦٣ كتاب النكاح باب ماجاء في الصداق والحباء . ـ

شهرتها بين الفريقين وان لم نجدها كذلك وأما مـا ذكره من الفرق بين القرض والهبة ونحوهما وبين البيـع ونظائره (ففيـه) انـه كـما يمكن انشاء قبول البيـع او الإجارة بلفظ ملكت او تملكت كذلك يمكن انشاء القبول في القرض بلفظ تملكت بالضمان وفي الهبة بلفظ تملكت مجاناوهكذا . وأما ماادعاه فى الصلح من الاجماع على توقف العقد على القبول فهو مناف لمـا ذكره سابقـا من ان المسلم من الإجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالايجاب وأما تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطاوعة وقبول الأثر فلا .

(على انا لو سلمنا) اعتبار المطاوعة فى العقد فايس المراد بها مطاوعة فعل الموجب بمعناه المصدري فانه غير معتبر قطعا بمعناه الاسم المصدري اعني المنشأ من المبادلة ونحوهـا كما مر فى الاكتساب والاحتطاب وهي غير متوقفـة على تحقق الايجـاب .

(فالتحقيق) ان الانشاء الصادر من الموجب اماان يكفي في ترتب اثره عليه

— وفي سنن البيهقى الكبرى ج ٧ ص ٥٧ كتـاب النكاح باب ما ابيـح له من التزويـج بالمرأة من غير استئمارها .

وفى منتقى الاخبـار لابن تيمية على هامش شرحـه نيل الاوطار للشوكاني ج ٦ ص ١٤٥ كتاب النكاح باب جعل القرآن صداقا .

وورد مضمونه في اصول اصحابنا الامامية فى الوسائل ج ٣ ص ١٠٣ كتاب النكاح باب جعـل المهر تعليم شيء من القرآن عن الكافي للكليني عن ابي جعفر الباقر (ع) وذكر مضمونهـا وهو مجيء المرأة الى النبي (ص) وما جرى بينهما وعقبها المجلسي في مرأة العقول ج ٣ ص ٤٦١ بان مضمونها متفق عليه بين الفريقين.

(عبد الرزاق الموسوي المقرم)

قوله ره : ومن جملة شروط العقد الموالاة (١) .

من دون حاجة الى انشاء اخر غاية الامر انه محتاج الى رضاه فيكون في الحقيقة ايقاعا مشروطا بالرضا كما في الوصية التمليكية على القول باعتبار اذن الموصى له فيها تمسكا بفحوي قوله (الناس مسلطون على اموالهم) فان انتقال المال الى الانسان قهراً عليه مناف لسلطنته واعتبار الرضا حينئذ يشابه اعتبار رضا العمة والخالة بالتزويج عليها وفى مثل ذلك يكتفى بما يكون مبرزا للرضا وان كان متقدماً على الايجاب (واما مايتوقف) فيه ترتب الاثر على الانشاء من الطرف الاخر فلا مناص من كون ما يصدر منه مبرزا لأعتباره النفساني على ما تقدم من ان حقيقة الانشاء عبارة عن ذلك فان تحقق تم العقد وترتب اثره عليه تقدم الايجاب او تأخر وان لم يتم ذلك لم يترتب الأثر لعدم تمامية العقد فصح ان يقال انه لا يعتبر تقدم الايجاب على القبول مطلقا .

(وبما ذكرنا ظهر) ما في كلام المحقق النائيني (قده) من منع تقدم القبول على الايجاب مطلقا بدعوى اعتبار المطاوعة فى القبول وهي لا تتحقق الامع التأخر.

الموالاة

(١) حكي المصنف اعلا الله مقامه عن قواعد الشهيد (قده) اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول فانه ماخوذ من اعتبار الاتصال بين الاستثناء والمستثنى منه وحيث ان الأرتباط بين الاستثناء والمستثنى منه في الكلام في غاية الشدة بحيث يوجب الاستثناء قلب المستثنى منه من المدح الى الذم ومن الصدق الى الكذب ومن الايمان الى الكفر ومن الاقرار الى الانكار وبالعكس كان اعتبار الموالاة بينهما في غاية الوضوح ولذا لو فصل بينهما لايصح الاستثناء فاذا اقر لزيد بمقدار ثم بعد يوم استثنى منه شيئاً عد ذلك انكاراً بعد الاقرار واذا انكر (صانع العالم) حكم

قوله ره : فالعقد المركب (١) .

بكفره وان استثنى بمدة (الله تعالى شانه) الى غير ذلك .

واعتبار الموالاة وان كان ثابتا في كل قرينة وذيها ولذا قلنا ان المخصص المنفصل انما ينافى العام في حجيته لافى ظهوره الا انه من جهة وضوحه في الاستثناء والمستثنى منه جعل مأخذاً لاعتبارها في سائر الامور المتصلة او انتقل منه اليها .

ثم رتب على ذلك فروعا من فورية استتابة المرتد والسكوت الطويل في اثناء الاذان والقراءة والتشهد والايتمام فى الجمعة والجماعة (ولكن الظاهر) عدم ترتب شيء منها على ذلك كما بينه المصنف (ره) كما لا يترتب على ذلك اعتبار الموالاة فى العقود فلابد من التكلم فيما استدل به على اعتبارها فيها .

(١) حاصله ان العقد عبارة عن الكلام المرتبط بعضه ببعض فاذا تخالل الفصل بين ايجابه وقبوله لم يحصل الارتباط فلا يتحقق عنوان العقد وزاد على هذا الاستدلال المحقق النائيني (قده) دليلاً اخر وهوان العقد عبارة عن الخلع واللبس نظير خلع الثوب من شخص وان يلبسه شخص اخر فتخلل الفصل يوجب تحقق الخلع مع عدم ثبوت اللبس .

(ونقول) ما ذكره النائينى (قده) من الخلع واللبس فيهان الخلع واللبس امر اعتبارى فان اريد اعتبار الموجب فكلا الامرين موجود فى اعتباره وان اريد اعتبار العقلاء او الشارع فلا يتحقق في اعتبارهما شيء من الامرين قبل تحقق القبول (واما ما ذكره المصنف ره) ففيه اولا ما افاده من عدم انحصار الدليل بما هو مشتمل على عنوان العقد فنفرض عدم صدق العقد عند عدم الموالاة الا ان في بقية الادلة كاحل اللهونحوه كفاية (ولا يتوهم) انلازمه عدم امكان الحكم بلزوم مثل ذلك العقد لان دليل اللزوم منحصر (بعموم اوفوا بالعقود) وبقية الادلة دليل للصحة (وذلك) لا مكان التمسك للزوم بقوله (تعالى) (لاتاكلوا اموالكم

قوله ره : من جملة الشرائط التي ذكرها جماعة التنجيز في العقد (١) .

بينكم بالباطل) فان الاكل بالفسخ ليس تجارة عن تراض فيكون من الاكل بالباطل .

(وثانيا) ان العقد وان اعتبر فيه الارتباط الا انه ليس اسما للمبرز اعني اللفظ وانما هو اسم للمبرز اعني الالتزامين والارتباط معتبر فيهما فاذا تحقق التزام الموجب وبقي موجودا في نفسه ولو بحيث لا ينافيه النوم والغفلة يرتبط به القبول المتأخر عند تحققه فيتحقق عنوان العقد بل السيرة القطعية قائمة على عدم اعتبار الموالاة في بعض موارد المعاطاة كاهداء شيء الى احد من بلد بعيد بحيث يفصل بينه وبين وصول المال الى المهدى له وقبوله زمان طويل .

(ودعوى) الفرق بين المعاطاة والعقود اللفظية واضحة الفساد (وما ذكره المحقق النائيني قده) من عدم الفصل بين الاعطاء والقبول في امثال ذلك لان الاعطاء يكون زمانه طويلا نظير من مدّ يده من المشرق واهدى الى غيره في المغرب فان نفس فعل الاعطاء يحتاج الى زمان (مردود) بمخالفة الوجدان وهكذا السيرة قائمة على صحة المعاملات الدارجة (بالتلفون والبرقية والمكاتبة) مع عدم الموالاة بين الايجاب والقبول فيها والتفصيل في الموالاة بين الزمان الطويل والقصير كما ترى ولذا اشكل من اعتبر الموالاة في الفصل بينهما حتي بالتحميد والصلاة على النبي وآله (ع) فصح ان يقال ان الموالاة بين الايجاب و القبول غير معتبرة في العقود مطلقا (نعم) لابد من بقاء التزام الموجب وعدم رفع اليد عنه حتى يرتبط به التزام القابل عند تحققه .

التنجيز في العقد

(١) ادعى الاجماع على ان التعليق في العقد مطلقا موجب لفساده سواء

صرح به باداة الشرط بان يقول انت وكيل اذا كان يوم الجمعة او كان التعليق لازما للكلام كما اذا قال انت وكيلي في يوم الجمعة لرجوعه الى قضية شرطية مقدمها ثبوت الموضوع فالمعنى اذاتحقق يوم الجمعة فانت وكيلي إلا ان يرجع القيد الى ما تعلق بـه التوكيل لا الى نفس الوكالة كما اذا صرح بذلك بان قال وكلتك في بيع داري ولا تبعها الا في يوم الجمعة أو قال انت وكيلي فى بيـع دارى يوم الجمعة بأن كان الظرف متعلقا بالبيع لا بالوكالة .

ثم ان كلمات الاصحاب على ماذكرها المصنف (ره) مختلفة فظاهر جملة منها مبطلية التعليق مطلقا سواء كان على امر معلوم العدم اومعلوم التحقق او مشكوكا فيـه وظاهر بعضهـا خروج الفرض الاول عن مورد البحث فإن التعليق على امر مقطوع العدم مبطل على اي تقدير سواء اعتبرنا التنجيز ام لم نعتبره اما على الاول فواضح واما على الثاني فلعدم تحقق المعلق عليه .

ومن هذه الجهة قسمه المصنف (ره) الى اقسام ثمانية فان المعاق عليـه اما يكون معلوم التحقق واما يكون محتمل التحقق وعلى التقديرين اما ان يكون امراً حالياً واماان يكون استقباليا وعلى التقادير الاربعة اما يتوقف عليه صحة العقد شرعا واما لا يكون كذلك فالاقسام ثمانية .

ولكن الاولى جعل الاقسام اثنى عشر فان المعلق عليه على التقادير الاربعة اما يتوقف عليـه حقيقة المنشأ وواقعـه كتوقف البيـع على القبول او الطلاق على الزوجية واما يتوقف عليه صحته شرعا كالقبض في الهبة والقدرة على التسليم فى بيع السلم واما لا يكون شيء من ذلك فالاقسام اثنى عشر .

ثم ان التعليق على مايكون المنشأ معلقا عليه ذاتا لا يكون مبطلا لعدم كونه تعليقا حقيقة بل ليس الا بيان واقع المنشأ ومن الواضح ان مجرد التلفظ بذلك ليس موجبا للبطلان (واما التعليق) على ما يتوقف صحة العقد عليه شرعاً فالعقد وان لم

قوله : (ره) العمدة في المسألة هو الاجماع (١) .

يكن معلقا عليه فى نفسه كما توهم الا ان عمدة دليل مبطلية التعليق انما هو الاجماع وهو غير ثابت في ذلك كيف وقد صرح الشيخ (ره) بجوازه بنحو الارسال المسلم .

واما التعليق على مالا توقف للعقد عليه اصلا فان كان المعلق عليه امراً حاليا معلوم التحقق فلا ينبغي الشك فى صحته بعد كون البيع تنجيزيا ويلحق بهذا ما اذا كان التعليق على امر متاخر معلوم الحصول بنحو الواجب المعلق فانه ايضاً لا ينبغي الشك في صحته لان العقد منجز ايضاً .

وحينئذ تبقى الاقسام الباقية وهي ثلاثة داخلة فى محل النزاع (احدها) التعليق على امر استقبالي مشكوك الحصول كقوله بعتك ان قدم الحاج او حالي كذلك كقوله بعتك ان كان زيد راكبا او على امر استقبالي متيقن الحصول لكن سمي بالواجب المشروط لا المعلق .

(والانصاف) ان الحكم فيها من العويصات فان اطلاق الادلة التي لم تقيد بالتنجيز مقتضاها الصحة في جميع الفروض والاجماعات المنقولة وتسالم الاصحاب يقتضي الفساد (الاانه) لم يحصل لناالاطمئنان منها برأي المعصوم (ع) خصوصا بعد التعليلات المذكورة في كلماتهم فلا بد من النظر فى بقية الوجوه التي ذكرت في المقام فان تم شيء منها فهو والا فالقول بالصحة مطلقا هو القوي .

(١) قد عرفت عدم كونه اجماعا تعبديا كاشفا عن رأي المعصوم عليه السلام لان جملة من المجمعين ذكروا مستندهم فى ذلك فيكون معلوم المدرك خصوصا مع اختلاف مورد كلماتهم فان ظاهر الشهيد فى القواعد والعلامة هو ان التنجيز شرط في صحة العقد والا فيفسد معللاً بعدم الجزم في الانشاء فاذا فرض ثبوته مع التعليق ايضا كالتعليق على مايتوقف عليه حقيقة العقد مثل الزوجة في الطلاق والقبول في البيع كان صحيحا بل التعليق على امرمعلوم الحصول لاينافي الجزم كما عرفت .

قوله ره : عدم قابلية الانشاء للتعليق (١)
قوله ره : ترتب مسببه عليه حال وقوعه (٢)

ويظهر من جملة منهم ان التعليق فى الكلام مانع عن الصحة تعبداً وان لم يكن منافيا مع الجزم في الانشاء كما في المثالين المزبورين ومع هذا الاختلاف كيف يمكن التعويل على الاجماع .

(١) هذا هو الوجه الثاني من وجوه مبطلية التعليق وحاصله دعوى استحالة التعليق فى الانشاء كالتعليق فى الاخبار وفي ايجاد الامور التكوينية اذ لامعنى لأكل الشيء معلقا على كونه رمانا (والجواب) عنه ان التعليق في الانشاء وان كان امراً مستحيلا الا ان التعليق في العقود انما هو تعليق في المنشأ اعنى ما تعلق به الانشاء لافي الانشاء كالتعليق في باب الحكاية كالاخبار بقيام زيد معلقا على مجيء عمرو مثلا فان الاخبار جزمي وانما التعليق في المخبر به والمحكى وهو قيام زيد على تقدير لا مطلقا وقد بينا امكان ذلك في بحث الواجب المشروط من الاصول ومثلنا له بالوصية التمليكية فانها من هذا القبيل لان المنشأ فيها هو الملكية المقيدة بمابعد الموت .

(٢) هذا هو الوجه الثالث وحاصله ان ظاهر الأدلة صحة العقد او البيع من حينه فاذا لم تشمل العقد في مورد من حين حدوثه لايعمه فيما بعد ايضا (وفيه) ان شمول الأدلة لكل عقد يقتضي ترتب اثره عليه على طبق مدلوله ومؤداه كان منجزاً او معلقا نظيرا لعهد او النذر المتعلق بامر متاخر فانه يعمه دليل وجوب الوفاء بالعهد على النحو الواقع خارجاً فيجب ترتيب الاثر عليه باتيان متعلقه في ظرفه.

واجاب المصنف (ره) عن هذا الوجه بوجوه (منها): ما تقدم (ومنها) : ان دليل الصحة واللزوم غير منحصر باوفوا بالعقود لان دليل حلية البيع وتسلط الناس على اموالهم كاف فى اثبات ذلك (وفيه) ان المحذور لم يكن مختصا باوفوا بالعقود فان تم يجري فى جميع الادلة (ومنها) : عدم جريانه فى التعليق على ما يتوقف

قوله ره : مع ان تخلف الملك عن العقد كثير (١)
قوله ره : لايجري فى غيره من العقود (٢)
قوله ره : بتوقيفية الاسباب الشرعية (٣)

عليه حقيقة العقد (ومنها) : عدم جريانه فى التعليق على امر متحقق حين العقد وان لم يكن متيقنا فان العقد حينئذ لايكون معلقا وان كان مراعى فلا يلزم تخلف الاثر عن العقد (ومنها) : انتقاضه ببعض العقود التي قد يتاخر مقتضاها لتوقفه على امر متاخر كالقبض فى الهبة او بيع الصرف بل يتخلف الاثر عن العقد في البيع الخياري ايضا ولا اقل من خيار المجلس فان البيعان بالخيار مالم يفترقا فلا يترتب عليه الاثر اعني اللزوم قبل ذلك .

(١) نقول ليس هذا رداً على الاستدلال المزبور فان القول بالتخلف لدليل خاص ولو في موارد كثيرة لا يستلزم امكانه في غير مورد الدليل ويجري ما ذكرنا فى نقضه (قده) بالهبة وبيع الصرف والبيع الخياري ايضاً .

(٢) ان إراد به الوصية والتدبير فهما خارجان عن محل النزاع وان اراد به الاجارة كما قيل فان الاثر اعنى الملكية فيها غير متخلفة عن العقد وانما متعلقها امر متاخر وهي المنفعة المستقبلة فلم يتحصل لنا مراده من غير البيع ممايتخلف فيه الأثر .

(٣) استدل بهذا جملة من القدماء منهم القاضي في جواهره فانه استدل على المنع من المضاربة بغير الدرهم والدينار فكان عدم الدليل عندهم دليلا على العدم (والجواب) انه يكفينا العمومات والاطلاقات دليلا على صحة العقد التعليقي (وفي المقام وجه اخر) ذكره المحقق النائيني (قده) وحاصله ان العقود المتعارفة كلها تنجيزية واما التعليقية فغير معهودة الا عند الملوك والدول احياناً والادلة منصرفة الى العقود المتعارفة .

(وفيه) منع الكبرى والصغرى (اما الكبرى) فانه لاوجه لدعوى انصراف

قوله ره : من جملة الشروط التطابق (١)

الادلة الى الافراد المتعارفة خصوصا العمومات منها فان المطلق لتوقفه على عدم البيان ربما يتخيل كفاية التعارف العرفي في مقام البيان واتكال المتكلم عليه فلا يتم الاطلاق حينئذ واما العام فسريانه في الافراد غير متوقف على ذلك .

(وأما الصغرى) فان المعاملات التعليقية ايضا متعارفة عند العرف فانا نراهم يهبون المال للغير بعد ايام من جهة حاجتهم اليه فيها (فتحصل) عدم العثور على دليل فى اعتبار التنجيز او مانعية التعليق الاان الاحتياط يقتضي ذلك خصوصا في النكاح .

(١) لا اشكال فى اعتبار التطابق فى الجملة وليس هو شرط تعبدي وانما يقتضيه نفس العقد فانه كما عرفت مرارا عبارة عن التزامين مربوطين فاذا لم يطابق الايجاب القبول لم تحصل المعاهدة والمطابقة التي تتقوم بها العقود (ثم التطابق) قد يلحظ بالاضافة الى الثمن او المثمن وقد يلحظ بالقياس الى البايع او المشتري وقد يكون من حيث الشروط او الاجزاء (فاما التطابق) من حيث الثمن او المثمن فمعتبر جزما فاو اختلف المتبايعان فى ذلك كان يقول البايع بعتك داري ويقول المشتري قبلت شراء بستانك لم ينعقد البيع وكذا لو قال البايع بعتك بالف وقال المشتري قبلت بمائة لم يصح لعدم تحقق المعاهدة والمعاقدة .

(واما من حيث البايع والمشتري) فالتعيين لم يكن دخيلا فى صحة العقد الا فى النكاح فان الزوجين ركن فيه ولذا لو قالت المرأة زوجت نفسي من زيد وقال قبلت التزويج لعمرو لم يصح وهذا بخلاف البيع ومن هنا لم يكن الاستفسار عن المالك متعارفا في البيع والشراء فيما اذا لم يكن الثمن و المثمن كليا فى الذمة والا فذمم الاشخاص مختلفة من حيث الاعتبار فلا محالة يكون التعيين مقوما فيلزم التطابق فيه فاذا قال البايع بعتك داري بمائة وقال المشتري قبلت لموكلي اولشخص

اجنبي فضولاً لم يصح .

(وأمـا من حيث الشروط) فالشروط في باب العقود اجنبي عن الالتزام العقدي ولا يستلزم تعليقه عليه والالزم تعليق العقد بل التعليق في الشرط انما هو فى الالتزام بالوفاء بالعقد واتمامه فحقيقته جعل الخيار على تقدير التخلف ولذا يعلل به الفسخ عند عدم الوفاء بالشرط (وعليه) فلو اختلفا في الشرط بان قال البـايع بعتك داري على ان تخيط ثوبي وقال المشتري قبلت بلا شرط كان الالتزام البيعي من الطرفين محققا وانما اختلافهما من حيث الالتزام بالوفاء فاذا رضي البايع بسقوط شرطه صح البيع .

(وأما من حيث الاجزاء) فتارة يكون الاختلاف في العوضين كما اذا قال البايع بعتك الدار بمائة درهم وقال المشتري قبلت نصفها بخمسين (واخرى) في المشتري كما اذا خاطب البايع شخصين وقال بعتكما الدار بمائة فقال احدهما اشتريت نصفها بخمسين (اما الفرض الاول) فالظاهر فيه الصحة وعدم اعتبار التطابق وذلك لانحلال البيع الى بيع كل جزء من المبيع بما يقابله بنسبته من الثمن ولذا قلنا فى بيع ما يملك وما لايملك كالشاة والخنزير بالصحة فيما يملك بنسبته من الثمن وفي بيع ملكه وملك غيره بنفوذه في ملكه وتوقفه على الاجازة في ملك غيره ففى المثال بيع كل ربع من الدار بربع من الثمن وهكذا .

(وعليه) فاذا قبل المشتري البيع في بعض المبيع بما يقابله من الثمن يصح ذلك غايـة الامر انتفى وصف الانضمام المشروط ضمناً فيدخل من هـذه الجهـة فى الاختلاف من حيث الشرط (واما الفرض الثاني) فظهر صحته بما بيناه فان بيع الدار الواحدة من شخصين ينحل الى بيع نصفه لاحدهما اذ لايمكن بيع تمامها من شخصين مستقلاً فاذا قبل احدهما صح بالنسبة اليه غايته يلزم تخلف شرط الانضمام فيدخل فيما تقدم (وليعلم) ان مورد الخلاف بيننا وبين المصنف (ره) فى الفرضين

قوله ره: من جملة الشروط ان يقع كل من الايجاب والقبول في حال . . . (١)

قوله ره: يجوز لحوق الرضا لبيع المكره (٣)

انما هو فيما اذا انشأ بيع المجموع اوالى الشخصين بانشاء واحد واما اذا كان بانشائين فلا اشكال ولاخلاف فى الصحة فيهما .

(١) الوجه في قابلية كل من الموجب والقابل للانشاء حين الايجاب والقبول انما هو تحقق المعاهدة والمعاقدة بدونه وافاد المحقق النائيني (قده) بان اعتبار هذا الشرط من القضايا التي قياساتها معها ولكن السيد (قده) فى الحاشية فصل بين الموجب والقابل فذهب الى اعتبار قابلية القابل حال الايجاب والا لم يصح العقد دون العكس فاذا سقط الموجب عن القابلية حين القبول لنوم او اغماء او موت صح .

(ونقول) ماذكره الميرزا (قده) من البداهة لانعرفه واما ماذكره رضوان الله عليه من التفصيل فالصحيح عكسه فيعتبر بقاء الموجب على القابلية حين تحقق القبول واما القابل فلا يعتبر قابليته حين الايجاب (والوجه فيه) ان العقد هو الربط بين التزامين لا بين كلامين فاذا كان الموجب قابلا للالتزام حين تحقق التزام القابل لا محالة يرتبط الالتزامان فيتحقق عنوان العقد وان لم يكن القابل حين الايجاب اهلاً للقبول كما اذا فرضنا لم يكن بالغا فلما بلغ قبل البيع ولا يقاس ذلك بالفسخ قبل القبول الذي هو ابطال للالتزام كماهو ظاهر فان الموجب اذا سقط عن القابلية حين القبول بموت او اغماء او نوم كان التزامه الاعتباري معدوما في بعض الصور وفي حكم العدم في البعض الاخر فلا يبقى التزامه ليرتبط به التزام القابل .

اعتبار الرضا في بيع المكره

(٢) بعد ما اعتبر المصنف (ره) وجدان كل من الموجب والقابل لشروط

قوله ره : لو اختلفا المتعاقدان الخ (١)

الايجاب والقبول عند انشاء الاخر نقضه بما صرحوا به من جواز لحوق الرضا لبيع المكره فان مقتضاه عدم اعتبار ذلك حين العقد في نفس المنشىء فضلا عن الطرف الاخر ثم اجاب عنه بقوله اللهم الا ان يلتزم بكون الحكم في المكره على خلاف القاعدة لاجل الاجماع .

(ونقول) ان صحة بيع المكره وان لم تكن على خلاف القاعدة الا انها اجنبية عما نحن بصدده فان مورد كلامنا في الامور المعتبرة في مصدر الايجاب والقبول يعنى العاقد بما هو عاقد بحيث يعتبر صدور العقد عنها كالبلوغ والعقل ونحوها (واما الرضا) فقد يراد به الارادة والاختيار وهو بهذا المعنى معتبر في مصدر العقد فلا بد من صدوره عن ارادة واختيار فاذا فرضنا ان احداً انشأ بيع ماله هزلاً ثم بعد ذلك اختاره لم يصح ولا يجتزي به (وقد يراد به) طيب النفس بان لايكون الاختيار ناشئا عن اجبار الغير واكراهه وهو بهذا المعنى يعتبر فى المالك دون العاقد بما هو عاقد ولذا يصح العقد من المكره على اجرائه اذا كان المالك راضيا فلا يعتبر صدور العقد عنه فيجوز لحوقه بالعقد (نعم) لابد وان يستفاد من الادلة كقوله تعالى (تجارة عن تراض) ولو بالقرائن الخارجية ان المعتبر في صحة العقد الاعم من الرضا المقارن والمتأخر وسنتكلم فيه فى محله ان شاء الله (تعالى) وعلى اي حال لا يقاس بيع المكره بالمقام .

(١) اذا اختلف المتعاقدان في شروط الصيغة كما اذا فرضنا ان الموجب يرى جواز العقد بالفارسي والقابل يرى بطلانه فهل يجوز لكل منهما الاجتزاء بما يقتضيه اجتهاد الاخر او تقليده مطلقا او لا يجوز مطلقا وجهان وهناك تفصيلان .

(احدهما) : بينما اذا كان العقد المركب منهما مما لاقائل بصحته كالعقد المركب من الماضي الغير العربي والعربي غير الماضي في فرض انحصار المجتهد بشخصين احدهما

قوله ره : والاولان مبنيان الخ (١)

يرى اعتبار الاول والاخر يرى اعتبار الثاني فيفسد دون غيره .

(ثانيهما) : التفصيل بينما اذا كان اختلاف كل من المتخالفين بحيث يسري إلى الاخر فيوجب فساد المجموع كالتعليق والموالات والترتيب وبينما اذا لم يكن كذلك كالعربية والماضوية وقد مثل المصنف (ره) له بالترتيب ولكنه مثال للاول كما هو ظاهر وهذا التفصيل حقيقته تحرير محل البحث واما التفصيل الاول فلا وجه له لان عدم وجود القائل بالصحة غير مخل بصحة العقد مع احتمال صحته واقعا لاشتباه كلا المجتهدين بل المجموع المركب عنوان انتزاعي ليس بنفسه مورداً للقول بالصحة او الفساد .

ونظير هذه المسألة ما ذكره السيد (ره) في (العروة) فى الاجتهاد والتقليد من انه اذا كان هناك مجتهدان متساويان وكان احدهما يرى عدم وجوب السورة ولكنه لا يجتزي بمرة واحدةفى التسبيحات الاربعة والاخر يرىالاجتزاء بها ولكنه يرى وجوب السورة فقلد المقلد كلاً منهما في فتواه فصلى بغير السورة مقتصرا على المرة الواحدة في التسبيحات الاربعة ولنفرض انحصار المجتهد فى العالم بهما .

فان هذه الصلاة لا قائل بصحتها حينئذ ومع ذلك يجتزى بها لان المقلد معتمد في كلا عمليه على حجة شرعية وهي فتوى من يقلده والمقام ايضا كذلك فان كلا من المتعاقدين معتمد على حجة شرعية معتبرة كان هناك قائل بصحة المركب اولم يكن فهذا التفصيل اردء الوجوه كما ذكر المصنف (ره) .

(١) جعلهما مبنيين على القول بالسببية او الطريقية فى باب الطرق والامارات فعلى الموضوعية يكون قيام الطريق موجبا لحدوث المصلحة فى مؤداه وان لم يكن موافقا للواقع فيتبدل به الواقع او يكون الواقع تابعا لهوعلى اي تقدير يكون مؤداه حكما واقعيا ثانويا ويكون بمنزلة الاضطرار الموجب لتبدل الواقع حقيقة بالعنوان

الثانوى فيجتزى به غيره ايضاً .

وأما على الطريقية فمؤديات الامارات ليست الا احكاماً عذرية لمن لم ينكشف الخلاف لديه فلا يمكن الاجتزاء بها لمن يراها فاسدة ولو صدرت ممن يرونها صحيحة الا في باب النكاح فان الاصحاب تسالموا على لزوم ترتيب اثار الصحة على النكاح الصادر ممن يراه صحيحا حتى على الطريقية .

وكان شيخنا (الشريعة) اعلا الله مقامه يقول ولولا ذلك لامكن ان يتزوج الولد زوجة ابيه عند اختلافهما فى صحة النكاح وبالعكس ثم يعلله رضوان الله عليه بصدق زوجة الاب او الابن عليها عرفا .

ولكن التحقيق انالوجه فيما تسالموا عليه انما هوماورد (لكل قوم نكاح)(١) فانه اذاشمل نكاح اهل الاديان الفاسدة المقطوع فساده فبالاولوية يعم نكاح المؤمن الذي يحتمل صحة العقد ولو كان مخالفا له فى الرأي وهذا مختص بالنكاح لا يشمل البيع ولا غيره من العقود .

ثم انه اشكل على المصنف (قده) انه على السببية ايضا لا يصح الاجتزاء به فان السببية وتبديل الواقع انما يكون بالاضافة الى من قام عنده الطريق لامن يرى فساده (واجاب عنه) شيخنا المحقق (ره) بما حاصله ان الامر في الاحكام التكليفية كذلك فاذا قام الطريق عند احد على وجوب القصر في مورد لا يتبدل به الحكم عند غيره واما الاحكام الوضعية فيختلف الحال فيها فمثل الطهارة اوالنجاسة او المانعية او الشرطية التى يمكن ثبوتها بالاضافة الى شخص يصح ذلك كما اذا قامت الامارة عند احد على كفاية غسل المتنجس مرة واحدة ولم يتم عند غيره فانه على السببية يجوز الاكتفاء بالغسل الواحد للاول ويكون المغسول محكوما بالطهارة

(١) رواه في الوسائل ج ٣ ص ٩٨ باب تحريم قذف الاماء والعبيد طبع عين الدولة .

قوله : (ره) لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه (١) .

بالاضافة اليه دون الاخر .

واما الملكية فبما انها غير قابلة الاختلاف بالاضافات فاذا حكم واقعاً بملكية زيد للمبيع بالعقد الفارسي لقيام الطريق عنده على صحته وسببيته للانتقال فغيره الذي لم يتم عنده الطريق اذا اخذه منه فقد اخذ من مالكه الواقعي ولا معنى حينئذ لعدم كونه مالكا فتامل .

وما افاده (قده) متين جداً وقد نبه عليه في موارد ثلاثة من الفقه والاصول فالاشكال المتوهم غير وارد على المصنف (ره) الا ان الكلام في اصل السببية وقد بينا فسادها في الاصول حتى بناء على المصلحة السلوكية فالحق عدم جواز اجتزاء من يوافق رأيه الاحتياط بفعل غيره عند الاختلاف مطلقا .

المقبوض بالعقد الفاسد

استظهر السيد (قده) في الحاشية من كلام المصنف (ره) ومن (الجواهر) اختصاص محل النزاع بالتلف السماوي واما الاتلاف فلا اشكال فى ثبوت الضمان به لقاعدة (من اتلف) ثم اشكل على ذلك بما حاصله ان قاعدة على اليد ما اخذت حتى تؤدي موجبة للضمان فى التلف السماوي كما ان قاعدة من اتلف موجبة له في الاتلاف واذا كان اذن المالك موجبا لعدم شمول الاولى فكذا الثانية والاشكال متين جداً فالتخصيص لاوجه له .

(وكيف كان) المقبوض بالعقد الفاسد بمنزلة المغصوب فى كونه موجبا للضمان وهذا من صغريات القاعدة المعروفة (كلما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده) وبالعكس والمراد بالضمان ليس وجوب دفع المثل او القيمة وانما المراد به انتقال

المال الى العهدة كما هو معناه لغة وعرفاً ودفع المثل او القيمة من الاثار المترتبة على الضمان وهذا واضح لا ينبغي اطالة الكلام فيه .

ثم انهم استدلوا على الضمان في المقام بامرين (احدهما) ما ورد في الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتري من ان الجارية ياخذها صاحبها ويأخذ الرجل ولده بالقيمة (١) فان ضمان الولد مع انه نماء لم يستوفه المشترى واذا منع المالك من استيفائه نظير من قفل باب دار الغير والقى المفتاح في البحر فانه يستدعى ضمان الاصل بالاولوية (ثانيهما) النبوي المعروف وهو قوله (ص) على اليد ما اخذت حتى تؤدي (وفي كل من الامرين نظر) اما الاول فلان الرواية الواردة في الامة المسروقة اجنبية عما نحن فيه فان مورد الكلام فى الضمان بالعقد الفاسد ما اذا كان العقد للمالك ولكن كان فاسدا فانه حينئذ ربما يتخيل القاء المالك احترام ماله فلا ضمان واما اذا كان البايع غاصبا فلاوجه لتوهم عدم الضمان (ومن الغريب) عدم تنبه المصنف (ره) والمحشين قدس الله اسرارهم لذلك .

واما الثاني فانه لم يثبت من طريقنا وانما هو مروي عن اهل السنة عن الحسن البصرى عن سمرة بن جندب (٢) وانجباره بالشهرة مبني على انجبار ضعف السند

---

(١) الرواية في الوسائل ج ٣ ص ٩٨ باب ٨٦ كتاب النكاح طبع عين الدولة عن ابن ابي عمير عن جميل بن دراج عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله (ع) في رجل اشترى جارية فاولدها فوجدت الجارية مسروقة قال ياخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بقيمته . (المقرم الموسوي)

(٢) تقدم في الجزء الاول المعقود للمكاسب المحرمة ص ١٤٨ المصادر المذكور فيها هذا الحديث من جوامع اهل السنة وتقدم الطعن في رجال سنده كابي قتادة والراوي عنه سعيد بن ابي عروبة واما الحسن البصري فمضافا الى انكار —

بها وهو ممنوع على مابيناه في الاصول فالعمدة فى الضمان انما هوسيرة العقلاء القائمة على ثبوت الضمان في الماخوذ بالعقود الفاسدة اذا كانت مما يضمن بصحيحها كما اذا اشترى احد خبزاً بالبيع الفاسد فاكله فانه يكون ضامنا له عند العقلاء ولو مع قطع النظر عن الشرع والشريعة ولم يثبت عنها ردع فتكون متبعة بل اغلب مايرجع الى الماليات وابواب المعاملات يكون المدرك فيها سيرة العقلاء .

ثم انه ليس المراد من العقد في القاعدة اصلا وعكسا ما يكون بنوعه موجباً للضمان او لا يكون موجبا له كذلك نظير العارية فانها لاتوجب بنوعه الضمان وانما ثبت الضمان في صنف منه وهو عارية الذهب والفضة او المشروط فيها الضمان وعليه

— جماعة منهم سماعه من سمرة انه من المنحرفين عن امير المؤمنين (ع) وله كلمة جافة في حقه لا تصدر الا ممن عانده وناوأه قال المبرد في الكامل ج ٣ ص ١١٨ طبعة محمد علي صبيح بمصر سنة ١٣٤٧ هـ كان الحسن البصري ينكر الحكومة ويترحم في مجالسه على عثمان ثلاثا ويلعن قتلته ويذكر علياً فيقول لم يزل علي رحمة الله يتعرفه النصر ويساعده الظفر حتى حكم فلم تحكم والحق معك ألا تمضي قدماً لأأباً لك وانت على الحق قال المبرد (ان هذه كلمة فيها جفاء) .

وفى شرح النهج لابن ابي الحديد ج ١ ص ٣٦٨ طبعة مصر الاولى كان الحسن البصري يبغض علياً (ع) ويذمه ومن المخذلين عن نصرته وقد انكر على امير المؤمنين اراقته الدماء الكثيرة فقال له اوساءك ذلك قال نعم فقال (ابو الحسن) (ع) لازلت مسوءاً فما رؤي الحسن البصري بعد هذا الا مهموما عابساً الى ان مات .

واما سمرة فقصته مع الانصاري في النخلة واغضاب النبي (ص) وعدم اجابته امر رسول السماء معروف ولو اطلع اصحابنا الامامية على سند الحديث وعرفوا من رواه لرموه عرض الجدار وان كان مضمونه معقول المعنى .

(المقرم الموسوي)

يدخل عارية الذهب والفضة فيما لا يضمن كما انه ليس المراد به ما يوجب الضمان بصنفه وعليه تدخل عارية الذهب والفضة فيما يضمن بل المراد ما يضمن بشخصه وما لا يضمن بشخصه فان القاعدة من قبيل القضايا الحقيقية فالمعنى ان كل عقد يضمن بصحيحه إذا فرض تحققه في الخارج صحيحا يضمن بفاسده اذا تحقق فاسدا وهكذا العكس ولا يعتبر فيه تحقق صنف صحيح من العقد وصنف فاسد منـه (والسر في ذلك) انه لم يرد في هذه القاعدة دليل لفظي ليحمل على النوع او على الصنف وانما هي على طبق السيرة وقوله (ص) (على اليد ما اخذت) على فرض اعتباره فما ينطبق عليهما انما هو ما ذكرناه دون غيره .

وعلى ما ذكرناه لا يعتبر ان يكون الضمان وعدمه من مقتضيات نفس العقد في طبعه بل القاعدة جارية ولو كان الضمان او عدمه في العقد لخصوصية فيه فالبيع بلا ثمن والاجارة بلا اجرة لا ضمان فيهما .

(ثم ان البآء) في القاعدة يحتمل ان تكون للظرفية ويحتمـل ان تكون للسببية وذلك من جهة ان سبب الضمان في العقد الصحيح او الفاسد وان كان هو القبض الا انه انما يوجب الضمان اذا كان بعنوان الوفاء بالعقـد والا فالقبض في نفسه مع قطع النظر عن كونه مترتبا على العقـد المعاوضي لا يوجب الضمان قطعـا واما كونه للسببية التامـة فغير محتمل لعدم كون العقد علة تامـة للضمان لا تكوينـا ولا تشريعا فان كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بايعـه كمـا ان ما ذكره المصنف (ره) في سببية العقد الفاسد من انه منشـأ للقبض الذي هو سبب للضمان لا يمكن المساعدة عليه فان الضمان حينئذ لا يستند الى العقد فانه نظير اسناد نجاسة الميتة او العصير الى الشمس لكونه سببا للموت او للغليان وهو واضح الفساد .

قوله : (ره) ثم ان المدرك لهذه الكلية (١) .

مدرك ما يضمن بصحيحه

(١) استدلوا للقاعدة الكلية وهي كل عقد شخصين يكون صحيحه موجبا للضمان كذلك يوجبه اذا فرض فاسدا بالاقدام وهو اقدام الاخذ على الضمان وصريح المسالك انه وجه مستقل لثبوت الضمان حيث استدل به عليه فى قبال قاعدة اليد بل ربما يستظهر ذلك من المبسوط ايضا حيث علل الضمان في موارد من البيع والاجارة الفاسدة بدخوله على ان يكون المال مضمونا عليه بالمسمى فاذا لم يسلم له المسمى لعدم امضائه شرعا لكون العقد فاسدا رجع الى المثل او القيمة .

وقد اورد عليه المصنف (ره) (اولا) بانهما انما اقدما وتراضيا بالعقد الفاسد على ضمان خاص وهو الضمان بالمسمى لا الضمان بالمثل او القيمة والمفروض ان ما اقدما عليه لم يمض شرعا (وتوهم) بقاء مطلق الضمان فى ضمن خصوصية اخرى (مدفوع) بانه لم يكن هناك اقدامان احدهما على طبيعي الضمان والاخر خصوصية كونه بالمسمى وانما كان اقداما واحدا خاصا فاذا لم يمض شرعا فقد انتفى ما اقدما عليه رأساً .

(ثانيا) : ان بين التعليل والقاعدة عموم من وجه فهو غير مطرد ولا منعكس اما من حيث الطرد فلأنه قد يكون الاقدام متحققا ولا ضمان كما في التلف قبل القبض فانه من مال بايعه واما العكس فلانه قد لايكون في العقد الفاسد اقدام ومع ذلك يكون الضمان موجوداً ومثل له بموارد ثلاثة (احدها) البيع بلا ثمن (والثاني) الاجارة بلا اجرة (والثالث) ما اذا اشترط في عقد البيع ضمان المبيع على البايع فان الضمان في جميعها ثابت مع انه ليس في شيء منها اقدام على الضمان فدليل الاقدام منقوض

طردا وعكسا .

(ونقول) ان اراد المستدل بكون الاقدام بنفسه احد المضمنات ففساده واضح ولذا لم يتوهم احد ثبوت الضمان فيما إذا ضمن احد مال غيره ابتداء ويكفي في فساده عدم المقتضي وهو الدليل على كونه مضمنا الا انه من المحتمل قريبا ان يكون مراد المستدل كون المال محترما سواء كان من الاعيان او الاعمال او المنافع فلا يذهب هدراً الا اذا الغى المالك احترامه ببذله للغير مجانا فاذا لم يقدم المتعاقدان على المجانية كان الضمان على القاعدة كما عليه السيرة فمرادهم من الاقدام على الضمان بيان عدم الاقدام على المجانية .

(وعليه) فلا مجال لما اورده المصنف اعلا الله مقامه اولا من كون ما اقدما عليه انما كان للضمان بالمسمى ولم يسلم والضمان بالمثل او القيمة لم يقدما عليه كما لا تتجه النقوض المذكورة في كلامه ثانيا اما النقض بالتلف قبل القبض (ففيه) ان الاقدام على الضمان انما كان مشروطا بالقبض لا مطلقا ولذا ترى السيرة قائمة على عدم الضمان فيما اذا باع العين الخارجية فذهب ليأتي بها الى المشتري فوجدها مسروقة فعدم الضمان في الفرض انما هو من جهة عدم الاقدام على الضمان على الاطلاق (واما النقض بالبيع بلا ثمن) والاجارة فيدفعه عدم ثبوت الضمان فيهما على ما بيناه لانهما حقيقة من الهبة المجانية وليسا بيعاً ولا اجرة بل هما صورة بيع واجارة فيدخلان في عكس القاعدة اعني مالا يضمن لا في نفسها فكما لا اقدام في الموردين لا ضمان فيهما ايضا .

واما الضمان فيما اذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البايع فهو وان كان ثابتا الا ان الاقدام على الضمان موجود في الالتزام البيعى لما عرفت من ان الشرط اجنبي عن الالتزام العقدي وانما هو التزام اخر فالمتبايعان اقدما على الضمان في البيع غاية الامر اشترط في ضمنه كون ضمان المبيع على البايع

قوله : (ره) واما خبر اليد (١) .

فاذا فرض فساده يفسد الشرط ايضا فيثبت ضمان المبيع على المشتري بمقتضى اقدامه البيعي فالنقوض باجمعها مدفوعة .

والاستدلال على الضمان بالاقدام بهذا المعنى متين جداً ويرجع الى السيرة التي بيناها وهي تشمل ضمان الاعيان والافعال والمنافع اجمع .

(١) قد ذكرنا انه ضعيف السند بالحسن البصري وسمرة ابن جندب عامل زياد بن ابيه على البصرة (١) ومن روى عن الحسن ايضا ولم يعلم استناد اصحابنا الامامية اليه ليكون جابراً له على أنابينا في محله عدم انجبار ضعف سند الرواية بعمل المشهور نعم مضمونه موافق لما عليه سيرة العقلاء وهو تام من حيث الدلالة على الحكم الوضعي .

وتوهم ظهور كلمة « على » في الحكم التكليفي .

مدفوع بانه فيما اذا اسندت الى الاموال دون الافعال على تقدير الاغماض عن سنده فالظاهر اختصاصه بضمان الاعيان وعدم شموله للمنافع لا لما توهم من عدم قبولها للأخذ فان الاخذ عبارة عن الاستيلاء والاستيلاء على كل شيء بحسبه فيمكن الاستيلاء على المنافع تبعا للاستيلاء على العين كما يكون تسليمها بتسليم العين (نعم) الاعمال غير قابلة للاخذ فان الفعل وان صدر بامر الآمر إلا أنه لا يصدق عليه انه اخذه فخياطة الثوب وان صدرت من مالك الثوب الا انه لا يقال اخذ الخياطة وانما يقال اخذ الثوب المخيط فعنوان الاخذ يعم للمنافع ولا يشمل الافعال .

وانما العمدة في عدم شمول الاخذ للمنافع ذيل النبوي المذكور وهو قوله (ص) (حتى تؤدي ما اخذت) فانه ظاهر في اداء نفس عين الماخوذ فان المنافع والاعمال غير قابلة لان تؤدى بنفسها فيكون هذا قرينة على ان المراد بالموصول خصوص

(١) لاحظ المحاضرات ج ١ ص ١٤٨ .

قوله: (ره) لا يحل مال امرء مسلم (١).

الاعيان دون المنافع والاعمال ولذا استدلوا على ضمان المنافع والاعمال بامور اخر نحن في غنى عنها لان مورد السيرة يعم مطلق الاموال.

(١) الظاهر ان اسناد نفي الحل الى الاموال انما هو بلحاظ التصرف فيها والا فلا يستقيم باي معنى كان الحل فهو ظاهر في الحـــل التكليفي دون الوضعي ويشهد له قوله (ع) الا بطيب نفسه فهو نظير الخبر المعروف لا يجوز التصرف في مال احد الا بأذنه وحينئذ يكون خارجا عن محل الكلام مضافا الى كونه ضعيف السند (١).

(١) في كمال الدين للصدوق ص ٢٨٧ اخر باب التوقيعات الواردة عن صاحب الأمر عجل الله فرجه وفي الاحتجاج للطبرسي ص ٢٦٨ المطبعة الحيدرية فيما ورد عن صاحب الزمان عليه السلام واما ما سألت عنـــه من امر الضياع التي لناحيتنا هل يجوز القيام بعمارتها واداء الخراج وصرف مايفضل من دخلها الى الناحية احتسابا للأجرة وتقربا الينا فلا يحل لاحد ان يتصرف في مال غيره بغير اذنه فكيف ذلك في مالنا من فعل ذلك بغير امرنا فقد استحل منا ماحرم عليه.

وفي تحف العقول لابن شعبة عند ذكر خطبة النبي (ص) يوم الغـدير قال فيها لا يحل لمؤمن من مال اخيـــه الا عن طيب نفس منه ومثله في المستدرك على الوسائل ج ٣ ص ١٤٥ كتاب الغصب عن غوالي اللئالي ولكنه حكى عن دعائم الاسلام عن امير المؤمنين (ع) بلفظ لا يجوز اخذ مال المسلم بغير طيب نفس منه ولم اجده في الدعائم في باب الغصب.

واما اهل السنة فروى البغوي في مصابيح السنة ج ٢ ص ١٤ عن سعيد بن زيد والبيهقي في السنن الكبرى ج ٦ ص ٩٧ عن ابن عباس وروى ابو بكر الهيتمي في مجمع الزوائد ج ٤ ص ١١٧ واحمد في المسند ج ٥ ص ١١٣ من الطبع الاول —

قوله : (ره) وان حرمة ماله كحرمة دمه (١) .
قوله : (ره) مضافا الى ادلة نفى الضرر (٢) .

(١) المراد بالحرمة فيه الاحترام لا الحكم التكليفي فالاستدلال به على الضمان وان كان صحيحاً في الجملة ويعم المال والاعيان وغيرها الا انــه لا يتم على نحو الاطلاق فانه يختص بصورة اتلاف العين او استيفاء المنفعة او صدور العمل بامر منه ولا يثبت الضمان فيما اذا اشترى شيئا ببيع فاسدو بالغ في حفظه فتلف بافة سماوية او مات فان احترام المال لا يقتضى ضمانه عليه وبهذا يظهر الحال في الاستدلال بقوله (ع) لا يصح او لا يصلح ذهاب حق احد هدراً (١) فان ثبوت الحق عليه من دون اتلاف او امرأو استيفاء اول الكلام .

(٢) قد بينا في محله ان لا ضرر انما يرتفع به الحكم الوجودي المجعول الناشي منه الضرر واما اذا ترتب الضرر فى مورد على عدم الحكم فحديث لا ضرر لايقتضى اثباته والمقام من هذا القبيل فان المالك انما يتضرر من عدم الحكم بالضمان .

وعلى فرض التنزل لا يمكن الاستدلال به الا فى فرض الاتلاف اوالاستيفاء او الامر والا فكما يكون عدم الضمان موجبا لتضرر المالك يكون ثبوته موجبــا لتضرر القابض من دون تعــد واتلاف وبعبارة اخرى لا فرق حينئذ بين القابض وغيره من الناس فالقول بضمانه دونهم بلا جهة ومرجح فاذا وجب تدارك ضرر المالك فلماذا يجب على القابض فليجب تداركه من بيت المال او من ساير المسلمين.

— والبيهقى في السنن ج ٦ ص ٩٧ والهندي في كنز العمال ج ٥ ص ٣٢٧ كلهم في الغصب عن عمرو بن يثربي الضبي قال رسول الله (ص) لايحل لامرءمن مال اخيه الا ما طابت به نفسه . (عبد الرزاق الموسوي المقرم)

(١) لم اعثر عليه مع الفحص في معاجم الحديث .

قوله : (ره) في بعض الاعمال المضمونة (١) .
قوله (ره) بين جهل الدافع بالفساد (٢) .

على انه في صورة الاتلاف ونحوه ايضا لا يمكن الاستدلال بــه على ضمان القابض باكثر من المسمى فيما اذا كان قيمة المال اكثر من المسمى فانــه ضرر لم يقدم عليه لانهما انما اقدما على الضمان بالمسمى لا اكثر منه فتحصل ان مدرك القاعدة المطرد في جميع مواردها منحصر بالسيرة على ما بيناه .

(١) لا ينبغي الريب في اختصاص الادلة المذكورة في كلام المصنف وغيره بما اذا كان مورد العقد الفاسد عينا من الاعيان قد قبضها الاخذ او منفعة استوفاها او عملا صادرا عن امره فاذا لم يكن شيء من ذلك كالسبق في المسابقة الفاسدة فانه ليس مما استوفاه الاخر وانتفع به بل يتضرر به كما انه لم يكن صادرا بامره بــل كان يكرهه وليس عينا وقعت تحت يده فالقول فيها بالضمان لا وجه له.

نعم : سيرة العقلاء قائمة في مثل ذلك على الضمان ولكن بما انها مبنيـة على المقامرة والمغالبة ولم يمضها الشارع الا في العقد الصحيح فهي مردوعة عنها فلا يحكم فيها بالضمان .

(٢) أما بناء على ما سلكناه في الاستدلال على القاعدة بسيرة العقلاء فعدم الفرق بين الصورتين اعني علم الدافع بالفساد وجهله واضح لقيامها على الضمان في الصورتين سواء كان القابض عالما بالفساد ايضا او كان جاهـلا به واما بناء على المسلك المعروف فقد استدل المصنف (ره) على عدم الفرق باطلاق النص والفتوى والمراد من النص حديث على اليد وغيره من الاخبار بناء على صدق الاخذ على مطلق الاستيلاء لا خصوص العدواني كما ذهب اليه المحقق النائيني (ره) .

وأما القول بالفرق وعدم الضمان في فرض علـم الدافع بالفساد فقـد توهم الاستدلال عليه بوجهين دفعهما المصنف (ره) :

(احدهما) : أن الدافع اذا كان عالماً بالفساد فقد سلط القابض على ماله مجاناً وهذا التعبير ظاهر كلامه في بيع الغاصب وفي المقام عبر بتعبير اخر وهو كون المال حينئذ امانة مالكية عند القابض والمطلب واحد وهذا الوجه جار في كلا فرضي علم القابض بالفساد وجهله .

(ثانيهما) : مختص بفرض جهل القابض بالفساد وحاصله أن القابض حينئذ يكون مغرورا قد غره الدافع والمغرور يرجع على من غره فلا ضمان عليه .

وفي كلا الوجهين من حيث انطباقهما على ما نحن فيه نظر واما من حيث الكبرى فللبحث عنها محل اخر .

(اما الوجه الثاني) فلان التغرير متقوم بامرين علم الغار وجهل المغرور ولا يصدق عنوان التغرير اذا انتفى احدهما كما هو ظاهر وعليه فالقابض في الفرض وان كان جاهلا بفساد المعاملة الا انه عالم بالضمان وهو مقدم عليه غايته الضمان بالمسمى لا اكثر ولا كلام لنا فعلا فى ذلك بل لا يبعد القول بعدم كونه ضامنا بالاضافة الى ما زاد عن المسمى (نعم) يصدق التغرير فيما اذا كانت المعاملة مبنية على المجانية نظير ما اذا قدم احد لغيره الطعام بعنوان الهدية او الضيافة وكان ذلك فاسداً من جهة كون المال لغير المهدي فيكون مغرورا فيرجع فيما اغترمه على الغار

(وأما الوجه الاول) فهو خلاف الوجدان لان الدافع انما يسلط القابض على ماله بعنوان المعاوضة وعلى انه مالك ولو تشريعا كما في بقية المعاملات الفاسدة من القمار ونحوه والالازم عدم ضمان القابض لما ياخذه في القمار وبيع الخمر والاجارة على الزنا وغيره من الفواحش اذا كان الدافع عالما بالفساد فان التسليط حينئذ يكون مجانيا غير موجب للضمان خصوصا اذا كان القابض جاهلا بالفساد لشبهة موضوعية فان توهم التغرير ايضا يكون جارياً فيه .

(نعم) فيما كان الجهل لشبهة حكمية لا مجال للتغرير لانه كان مكلفا

قوله : (ره) وأما عكسها (١) .

بالفحص فلم يفعل فليس بمغرور وهذا مناف للفتاوى ولاطلاق الادلة الواردة في ان ثمن الخمر ومهر البغي ونحو ذلك سحت فكلا التوهمين فاسد والصحيح عدم الفرق في الضمان بين الصور .

(١) عدم الضمان فيما لا يضمن بصحيحه واضح على ما سلكناه ويكون من باب عدم المقتضى فان دليل الضمان انما هو السيرة ولم تثبت فيما لا يضمن بصحيحه فلا تخصيص اصلا واما على المعروف فمقتضى اطلاق ادلة الضمان ثبوته حتى في موارد العقود التي لا يضمن بصحيحها فلابدمن اقامة الدليل على تخصيصها وعمدة القاعدة المستفادة من ان من استأمنه المالك على ملكه لايضمن وسياتي الكلام فيها . ولكن اذا تمت فلا محالة من تخصيصها لحديث على اليد لانه موردها ولا معنى لكونها معارضة له كما توهم .

ثم ان المصنف (ره) اورد نقوضاً على عكس القاعدة :

« منها » : الاجارة الفاسدة فان العين المستاجرة اذا تلفت تحت يد المستأجر لا تكون مضمونة عليه في الاجارة الصحيحة لكن صريح الرياض وجامع المقاصد على ما حكاه المصنف كونها مضمونة عليه اذا كانت الاجارة فاسدة وربما يحكى ذلك عن غيرهما ايضا .

ونقول : « تارة » : يكون تلف العين المستأجرة قبل دخولها تحت يد المستأجر ولا ضمان في مثل ذلك فانه نظير ما اذا استأجر احد غيره لعمل فمات « واخرى » : يكون تلف العين بعد دخولها في يد المستأجر ولكن لا يكون دخولها من مقتضيات الاجارة بل تكون من جهة اخرى كما اذا اكترى احد حيوانا لنقل متاعه واشترط على مالكه ان يسوق الحيوان بنفسه ثم استدعى المالك من المستاجر ان ياخذ الحيوان معه فتلف تحت يده فهذا الفرض خارج عن محل الكلام ولاضمان

قوله : (ره) ولعل الحكم بالضمان في المسألة (١) .

فيه و (ثالثة) : تدخل العين تحت استيلاء المستأجر بمقتضى عقد الاجارة فتتلف عنده وهذا هو مورد الكلام .

وبالجملة مورد الخلاف والنقض والابرام انما هو فيما اذا توقف استيفاء المنفعة على العين وتلفت تحت يد المستأجر واما غيره فلا مقتضى فيه للضمان .

(١) ذكر المصنف (ره) للقول بالضمان وجهين :

« أحدهما » : ان قاعدة ما لا يضمن مخصصة في الاجارة الفاسدة لانها ليست من القواعد العقلية الغير القابلة للتخصيص والمخصص لها خبر اليد (وفيه) ماتقدم من ان القاعدة على فرض تماميتها تكون مخصصة لخبر (على اليد) لان موردها انما هو اليد والاستيلاء فكيف يعقل تخصيصها به « نعم » اذا كان في المقام مخصص آخر من اجماع او غيره امكن الالتزام بالتخصيص .

« ثانيهما » : ان الاجارة الفاسدة خارجة عن القاعدة بالتخصص وذلك لانها انما تجري في مورد العقد ومورد الاجارة انما هو المنفعة لا العين فالاجارة من حيث المنفعة داخلة في اصل القاعدة وهو ما يضمن بصحيحه لكون المنفعة في الاجارة الصحيحة مضمونة على المستأجر واما العين فهي خارجة عن الاصل والعكس وعليه فاذا كانت الاجارة صحيحة كانت امانة مالكية وشرعية عند المستاجر فلا تكون مضمونة عليه لكون يده امانية واما اذا كانت فاسدة فليس فى البين اذن شرعي كما لا تكون العين امانة مالكية لأن المؤجر انما دفعها اليه من جهة البناء على استحقاقه للمنافع ولولا ذلك لم يسلمها اليه فمقتضى حديث (على اليد) الحكم بضمانها فهي اجنبية عن قاعدة (ما لا يضمن) راساً .

(وفيه) : ان العين وان لم تكن موردا لعقد الاجارة بمعنى طرفي المبادلة الا انها داخلة فيه بمعنى اخر كما سيتضح الا ان الصحيح تبعا لمن يلوح من كلامه كما

قوله : (ره) منها الصيد الذي استعاره المحرم (١) .

ذكره في جامع المقاصد هو عدم الضمان فلا ينتقض به القاعدة .

(توضيح ذلك) : ان الاجارة انما هي بمعنى تمليك المنفعة فالمبادلة تكون بينها وبين مال الاجارة ولكن بما ان المفروض توقف استيفاء المنفعة للمستاجر على استيلائه على العين ينحل عقد الاجارة الى المبادلة المزبورة وشرط ضمني ارتكازي وهو تسليم العين الى المستأجر مجانا وبلا عوض كما ان اشتراط التسليم ثابت في البيع ايضا فتكون العين داخلة في عقد الاجارة بهذا المعنى وهي من هذه الجهة تدخل فيما لا يضمن بصحيحه فلا ضمان في فاسده ايضا .

(وتوهم) ان التسليط المجاني انما كان مبنياً على استحقاق المستاجر فلا رافع للضمان (مدفوع) بثبوت هذا البناء والتعليق في جميع العقود التي لا يضمن بصحيحها اللازمة منها والجائزة كالعارية والهبة ونحوهما .

(١) لابد وأن يفرض ذلك في خارج الحرم فان الصيد في الحرم غير جائز لغير المحرم ايضا كما اذا فرضنا ان احد الشخصين محرم خارج الحرم والاخر غير محرم فصاد الثاني حيوانا واستعاره منه المحرم فانه لا اشكال في وجوب ارساله عليه والا وجب عليه الفداء فالمسألة لها شقان :

(احدهما) : ما اذا ارسله المحرم فانه لا خلاف في ضمانه له الا انه خارج عن محل الكلام ولا ينتقض به القاعدة لان العارية انما تكون مما لا يضمن بصحيحه في فرض التلف دون الاتلاف ولو كان باذن الشارع وانما قلنا بعدم الضمان بالاتلاف في العقود المتضمنة لاذن المالك فيه كالهبة والهدية وتقديم الطعام الى الضيف .

(ثانيهما) : ما اذا تلفت العين المستعارة بآفة سماوية كما اذا ماتت او كانت طائراً فطار وهذا الفرض هو مورد النقض على القول بفساد استعارة المحرم وضعا وقد وقع الخلاف في ثبوت الضمان فيه وعدمه فذهب جمع الى الضمان مع ان صحيح

العارية لا ضمان فيه .

(وقد وجّهه) المصنف (ره) بما حاصله ان الضمان فيها انما يتحقق بمجرد استيلاء المحرم على العين لكونه مامورا بالارسال فليس الضمان مستندا الى التلف لينتقض به لان مورد القاعدة ما اذا استند الضمان الى التلف .

(وفيه) ان الثابت انماهو وجوب الارسال تكليفا وهو غير مستلزم للضمان وضعا واستقراره العين في الذمة ولم يدل دليل على ثبوته بمجرد وضع اليد ولذا لو لم يرسلها بل أداها اليه لم يضمن له شيئاً وان كان عاصيا بذلك فالضمان لايتحقق الا بعد التلف ويكون مستندا اليه .

بل يمكن ان يقال انه لم يثبت وجوب الارسال ايضا وغاية ما هناك حرمة الامساك ووجوب الفداء على تقديره واين هذا من وجوب الارسال وعليه فلا مانع من الرد الى المالك .

واجاب عنه المحقق النائيني قده بما حاصله ان الضمان في الفرض انما يتحقق بمجرد وضع يد المحرم على الصيد لخروجه بذلك عن ملك المعير فالضمان مستند الى الاتلاف دون التلف .

(وفيه) انه لا دليل على ذلك فان ما يظهر منها عدم ثبوت ملك للمحرم على الصيد ولو بقاءً فاذا صاد المحرم شيئاً او ابقاه عنده الى ان احرم خرج عن ملكه وجاز لغيره اخذه منه ولو بدون رضاه واما خروج الصيد عن ملك المحل بمجرد استعارة المحرم او جعله وديعة عنده فلا .

(مضافا) الى انه عليه قد يكون المالك مقدما على اتلاف ماله فيما اذا كان عالما بالحال اللهم الا ان يقال انه مستند الى الجزء الاخير من علته وهو استعارة المحرم (ولعلّه) لهذه الجهات ذهب صاحب الجواهر (قده) الى عدم الضمان في الفرض وان كان ظاهر الشرايع ثبوته حيث قال لا يجوز للمحرم ان يستعير من محل صيدا

قوله : (ره) في البيع الفاسد بالنسبة الى المنافع (١) .

لانه ليس له امساكه فلو امسكه ضمنه وان لم يشترط عليه ذلك .

فان التقييد ظاهر في التلف اذ لو كان ناظرا الى الاتلاف كان ذكر القيد لغوا لعدم دخل الاشتراط وعدمه في ثبوت الضمان عند الاتلاف .

وقداستظهر السيد قده في الحاشية اختصاص كلام الشرايع بصورة الاتلاف حيث اضاف الى كلام الشرائع ما ليس فيه وهو قوله (ثم ارسله) فقال وهـذه العبارة كما ترى مختصة بصورة الاتلاف . ولكن الصحيح كما نبه عليه المحقق النائيني قدس سره عدم وجود تلك الجملة فى الشرايع وانما هي من كلام الجواهر وتخيل كون تلك الجملة من المتن وعلى اي حال لا دليل على ضمان المحرم فى المقام فالنقض غير وارد علينا .

(١) لم نعرف الوجه في تقييدها بغير المستوفاة مع انه لا فرق بينهما من حيث النقض لان المستوفاة ايضا غير مضمونة في البيع الصحيح ومضمونة في البيع الفاسد واجاب عنه المحقق النائيني قدس سره بان القاعدة انما تجري في مورد العقدوالمنافع خارجة عنه في البيع. وعليه فان كان صحيحا فقد استوفاها المشتري في ملكه فلامعنى للضمان واذا كان فاسدا فمقتضى عموم على اليد ونحوه هو الضمان .

(وفيه) : ان المنافع في البيع اذا لم تكن مورداً للعقدلزم ان لا تكون موردا لعقد الهبة ايضا فاذا كانت فاسدة لابد فيها من القول بضمان المنافع وهو كما ترى « وبعبارة اخرى » يرد عليه احد امرين اما دخول منافع المبيع في مورد البيع فلا يتم ما ذكره في المقام واما خروج منافع العين الموهوبة عن مورد الهبة فلابد من ضمانها .

(فالصحيح) ان يقال انه لا ملازمة بين تمليك العين وتمليك المنفعة فان التخلف بينهما كثير اذ ربما يملك العين شخص ولا يملك المنفعة وقد ينعكس الأمر

قوله : (ره) نقض القاعدة بحمل المبيع فاسدا (١) .
قوله : (ره) ويمكن النقض ايضا بالشركة الفاسدة (٢) .

وقد يجتمعان لشخص واحد (وعليه) فمقتضى اطلاقات التمليك في البيع تمليك المبيع بما له من المنافع فتكون ايضا موردا للعقد بالتبع فتامل وهي مضمونة في البيع الصحيح فتدخل في اصل القاعدة وفي الهبة ايضا كذلك غير مضمونة في صحيحها فتدخل في عكس القاعدة فالنقض مدفوع راساً .

نعم في الاقالة والفسخ لا تكون المنافع مضمونة لكون استيفائها في ملك المستوفى فان الفسخ عبارة عن استرجاع الملك السابق من حينه لا من السابق بما له من الشؤن ولذا تكون الخصوصيات المنتفية حين الفسخ او الاقالة مضمونة . مثلا اذا كان الحيوان المبيع صحيح البدن حين البيع وانكسرت رجله حين الفسخ فزال عنه شأنية الركوب فان المشترى يكون ضامنا لها وهذا بخلاف الفساد .

(١) وقع الخلاف في ضمان الحمل في البيع الفاسد كما ذكره المصنف (ره) ولا يبعد الجمع بينهما بحمل كلام النافي للضمان على ما اذا لم يشترط ضمانه على المشترى فانه يكون امانة عنده فلا يكون مضمونا عليه وحمل القول بالضمان على ما اذا اشترط ضمانه عليه فيدخل حينئذ فيما يضمن بصحيحه فلا ينتقض به القاعدة وربما يتوهم النقض بصفات المبيع ولكن يظهر جوابه مما تقدم .

(٢) فان صحيحها لا يوجب الضمان فاذا كان فاسدها كالشركة الوجاهية موجبا له لزم النقض (ومن الغريب) ما استدل به المصنف قدس سره على الضمان في الشركة الفاسدة من عدم جواز التصرف في فرض الفساد فيكون عدوانيـاً فيوجب الفساد فان عدم التصرف تكليفا غير مستلزم للضمان وضعا كما ان جواز التصرف غير مناف له فلمس أمة الغير او تقبيلها غير جائز شرعا ولا يوجب الضمان والتصرف في الهبة الفاسدة غير جائز واقعا ولا يوجب الضمان فالضمان في الفرض

قوله : (ره) ثم ان مبنى هذه القضية السالبة (١) .

غير ثابت لينتقض به .

ثم انه قد ينقض اصل القاعدة بالنكاح الفاسد ، فانه في حكم العقود المعاوضية فيضمن بصحيحه ولا يضمن بفاسده .

(والجواب عنه) بالالتزام بالتخصيص فان القاعدة ليست عقلية غير قابلة للتقييد كما يمكن الجواب عنه بالالتزام بالتخصص فان المهر فى النكاح ليس فى مقابل الانتفاعات بالزوجة من المقاربة ومقدماتها فان شرفها يأبى ان يقابل بالمال ولذا تستحق المرأة المهر بمجرد العقد وان لم يسع الوقت للانتفاع بها من جهة موتها قبله بل يكون المهر بازاء الزوجية الاعتبارية سواء كانت دائمية او انقطاعية (نعم) خصص ذلك فى بعض الموارد بثبوت اجرة المثل فى الوطي بالشبهة وبتنصيف المهر اذا حصل الموت او الطلاق قبل الدخول .

وعلى هذا فليس فى مورد النكاح شيء يضمنه الزوج بالتلف او بالاتلاف لان المهر يستقر فى ذمته بنفس العقد ، ومورد القاعدة انما هو ما اذا كان الضمان على تقدير ثبوته مستندا الى احد الامرين والمقام خارج عنها وحينئذ ان كان النكاح صحيحا شرعا ثبت به الضمان وان كان فاسدا فلا موجب للضمان اصلا .

(١) اما على ما سلكناه فعدم الضمان فيها من باب عدم المقتضى له فى مقام الاثبات لاختصاص مورد السيرة على الضمان بالعقود التي يضمن بصحيحها واما فيما لا يضمن بصحيحها فسيرة العقلاء قائمة على عدم الضمان ولذا لا يرونه ثابتا فى الهبة الفاسدة بحسب قانونهم :

وأما على مسلك القوم من التمسك للضمان بخبر على اليد فلابد من اقامة الدليل على تخصيصه وهو صعب جدا فتأمل .

قوله : (ره) وهي عموم ما دل على (١) .
قوله : (ره) الثاني من الامور (٢) .

(١) كان من المناسب جدا تعيين تلكم الادلة فانا لم نعثر الا على بعض الاخبار الواردة فى ان الامين غير ضامن او لا تتهمه او ليس عليه الا اليمين (١) ومن الظاهر اختصاصها بموارد الاستيمان اعنى الامانة الممضاة شرعا فتأمل ولايعم العقود الفاسدة كيف وقد بنى المصنف قدس سره على كون التصرف عدوانيا ومع هذا فاستدلاله بدليل الاستيمان غريب جدا واغرب منه استناده الى الاولوية فى الهبة الفاسدة لما عرفت من عدم استلزامه نفي الضمان عن غير مورد الاستيمان فضلا عن الاولوية .

رد المقبوض بالعقد الفاسد

(٢) ذكر المصنف (ره) من جملة احكام المقبوض بالعقد الفاسد وجوب رده الى مالكه فوراً واستدل عليه بقوله (ع) لا يجوز لاحد ان يتصرف في مال غيره باذنه ثم قال ولو نوقش في كون الامساك تصرفا كفى عموم قوله (ع) لايحل مال امرء مسلم لاخيه الا عن طيب نفسه فانه يدل على تحريم جميع الافعال المتعلقة به التي منها الامساك ثم تعرض لمؤنة الرد فقال بوجوبها على المشتري من باب المقدمة للرد الواجب عليه الا اذا كان ضرريا .

(١) من الاحاديث ما فى الوسائل ج٢ص ٦٤٢ باب العارية عن الصادق عليه السلام ليس على مستعير عارية ضمان وصاحب العارية والوديعة مؤتمن وسئل ابو جعفر (ع) عن العارية اذا هلكت قال ان كان امينا فلا غرم وفيه ص ٦٤١ باب الوديعة عن الصادق (ع) ليس لك ان تتهم من ائتمنته (المقرم الموسوي)

وتفصيل الكلام في ذلك يكون في جهات :

« الاولى » : في حرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد وجوازه وقد يستدل على الجواز بان التصرف يكون باذن المالك ضمنا اذا كان عالماً بالفساد فانه سلط المالك على ماله باختياره .

وذكر السيد قدس سره في الحاشية في الرد على المصنف (ره) ان دعوى كون الاذن بالملكية غير حاصل مدفوعة ثم ذكر في دفعها ما حاصله ان الاذن انما تكون مبنية على الملكية الانشائية اي بحسب اعتقاد المالك وبنائه ولو تشريعا وهي حاصلة لا على الملكية الشرعية التي لم تحصل ثم اشكل على ذلك بقوله (ان قلت) لم يصدر من البايع الا التمليك وقد صار لغواً في حكم الشارع فاين الاذن (واجاب عنه) بان التمليك له حيثيتان فانه اذن من جهة وتمليك من جهة اخرى فلا مانع من كونه مؤثرا من احداهما دون الاخرى .

(ونقول) الظاهر حرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد وذلك لان المستثنى في قوله (ع) لا يجوز لاحد التصرف في مال غيره الا باذنه انما هو اذن المالك في التصرف في ملكه لا في املاك الناس .

(توضيح ذلك) : ان الافعال «منها» ما لا يتعلق الا بالموضوعات الخارجية دون العناوين كالافعال الخارجية من الضرب والقتل والاكل ونحوه ومن هذا القبيل التبعية والايتام في باب الجماعة فانها تكون بالشخص والعنوان يكون من قبيل الداعي و « منها » : ما يتعلق بالعناوين كالافعال الاعتبارية من الرضا والاذن وطيب النفس (وعليه) فظاهر قوله (ع) (الا باذنه) ارادة اذن المالك في التصرف في ماله بعنوان انه تصرف في مال نفسه لانه ملك الغير .

وفي مورد العقود الفاسدة انما يأذن الدافع للقابض ان يتصرف في ملك نفسه ولو تشريعا كما في القمار ونحوه فلا يكون التصرف فيها داخلا في المستثنى بل يبقى

تحت المستثنى منه (نعم) اذا فرضنا ان المالك اذن في التصرف مع عدم البناء على ملكية القابض ولو تشريعا دخل ذلك في المستثنى لكنه خارج عما نحن فيه فيكون عارية صحيحة .

(وبالجملة) يعتبر في جواز التصرف احد امرين اما دخول المال في ملكه فيكون تصرفه خارجا عن مورد الرواية من باب السالبة بانتفاء الموضوع واما الاذن بالتصرف من المالك بعنوان انه مالك وكلا الامرين مفقود في المقام على الفرض

« الجهة الثانية » : الظاهر عدم اختصاص حرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد بالعقود المعاوضية التي يضمن بها بل تعم موارد العقود الغير المعاوضية كالهبة المجانية التي لا يضمن بها فان عدم الضمان فيها من جهة كون القبض مبنياً على عدم الضمان غير ملازم لجواز التصرف فانه متوقف على طيب نفس المالك واذنه في التصرف في ماله والمفروض عدم تحققها بل لو كان الاذن ايضا متحققا ولم يكن ممضى شرعا لا يترتب عليه أثر ومن هنا لا يجوز التصرف في موارد العارية الفاسدة ايضا مع ان المالك راض بالتصرف في ملكه .

« الجهة الثالثة » : في وجوب الرد وحرمة الامساك . وعدمه المستفاد من الادلة انما هو وجوب التخلية بين المال ومالكه واما ايصاله اليه فلا دليل على وجوبه كما ان المحرم انما هو مزاحمة المالك ومنعه عن التصرف في ماله واما مجرد الامساك بمعنى بقاء المال عنده غير مستند اليه فليس تصرفا فلا يكون حراما والتمسك في ذلك بعموم (لا يحل الخ) بدعوى ان الحل لا يصح اسناده الى المال فلابد وان يكون متعلقه محذوفا فيكون المقدر جميع الافعال المتعلقة به ومنها الامساك (ممنوع) لان الظاهر بل الاظهر ان يكون المقدر في كل مورد ما يناسبه ففي قوله سبحانه (حرمت عليكم امهاتكم) يكون المقدر النكاح لا النظر واللمس وفي قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم) المقدر هو الاكل لاسائر استعمالاته .

وفي المقام المناسب تقدير الاكل بالمعنى الذي بيناه في قوله تعالى (لا تاكلوا اموالكم بالباطل) او عموم التصرفات والانتفاعات لا مطلق الافعال المتعلقة بالمال ليعم النظر ونحوه لنحتاج في اخراج بعضها الى دعوى التخصص بالسيرة اوغيرها

وقد يستدل على وجوب الرد بقوله (ص) (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) وتقريب الاستدلال به على وجهين :

(احدهما) : ما ذكره المحقق النائيني قدس سره بما حاصله ان كلمة (على) في النبوي وان كان مدلوله المطابقي استقرار الضمان على ما هو ظاهرها عند اسنادها الى الموجود الخارجي ولكن بما ان الضمان اذا لم يكن مستتبعا لوجوب الرد لا يترتب عليه الاثر فبالالتزام يدل عليه .

(وفيه) : انه انما يتم لو كان اثر الضمان منحصرا في وجوب الرد بالمعنى المعروف وليس كذلك اذ يكفي في اثره ترتب وجوب الرد عليه بالمعنى الذي اخترناه وهو التخلية بين المال ومالكه .

(ثانيهما) : ما ذكره بعض المحققين من دلالة النبوي بالمطابقة على كلا الحكمين من استقرار الضمان ووجوب الرد فمعنى على اليد ما اخذت ثبوت ضمانه ووجوب رده لا مكان استعمال لفظ (على) فيما يعم الحكم الوضعي والتكليفي .

(ولهذا التقريب) مبعدان :

(احدهما) انه لابد حينئذ من الالتزام بالتقدير وعدمه وهو غير ممكن فانه اذا اريد من لفظ (على اليد) الحكم التكليفي لابد من استناده الى الفعل واذا اريد منه الحكم الوضعي لابد من اسناده الى الموضوع الخارجي فعلى الاول لابد من تقدير الفعل وهو الرد وعلى الثاني لا حاجة الى التقدير والجمع بين الامرين اعني التقدير وعدمه مستحيل .

(ثانيهما) : ان الغاية المذكورة في النبوي انما تناسب الضمان ولا تناسب

وجوب الرد تكليفا اذ لا معنى لجعل الاتيان بالواجب غاية لوجوبه نظير ان يقال يجب عليك الصلاة الى ان تصلي فانه من توضيح الواضح وهو لغو (فالصحيح) ظهوره في استقرار الضمان فقط ولا دلالة فيه على وجوب الرد لا بالمطابقـة ولا بالالتزام هذا مع ما فيه من ضعف السند .

« الجهة الرابعة » : هل يكون مؤنة الرد على تقدير وجوبه على المالك مطلقا او على القابض كذلك او التفصيل ذهب المصنف (ره) الى الاخير وادعى ان المؤنة ان كانت بمقدار يقتضيها الرد بطبعه فهي على القابض لكونها مقدمة للرد الواجب عليه ولا يرفعه (حديث لا ضرر) فانه لاحكومة له على الاحكام المبتنية على الضرر في أنفسها كوجوب الخمس والزكاة والجهاد ونحوها مما يكون الواجب بنفسه مستلزما لمقدار من الضرر فانه لا يرتفع به وجوبه الا اذا استلزم ضررا زائدا على ما يقتضيه بطبعه كما في الصوم فانه يقتضى الضعف بنفسه في الجملة فـلا يرتفع به وجوبه .

(نعم) اذا اوجب ضررا لا يبتنى عليه طبع الصوم كالحمى ونحوها ارتفع وجوبه وبالجملة حديث لا ضرر انما يكون حاكما على الاحكام الغير المقيدة بالضرر ولا بعدمه وعليه فالرد بطبعه مستلزم لصرف مقدار من المؤنـة فاذا توقف على ازيد منها ارتفع وجوبه والا فلا هذا محصل ما افاده اعلا الله مقامه .

(والصحيح) ان المؤنة على المالك مطلقا وذلك لعدم توقف الرد بطبعه ولا في غالب افراده على صرف المؤنة مثلا رد الكتاب او الخاتم او فصـه او نحو ذلك لا مؤنة تصرف في سبيل الرد فليس وجوب الرد من الاحكام المبتنيـة على الضرر فاذا توقف عليه في مورد يرفع بحديث لا ضرر من غير فرق بين القليل والكثير .

« الجهة الخامسه » : ان ما ذكرناه من عدم وجوب الرد انما هو بالاضافة الى الرد الى المالك دون الرد الى البلد الذي قبض المال فيه .

وتفصيل ذلك : انه قد يكون المال والمالك كلاهما موجودين في بلد واحد سواء كان بلد المعاملة او غيرها وقد لا يكون كذلك وعلى الثاني فربما يكون المال باقيا في بلد المعاملة والمالك مسافر الى مكان اخر وربما ينعكس الامر فيكون المالك في بلد المعاملة والمال قد نقله القابض الى بلد اخر ، وثالثة يكون كل منهما منتقلا من بلد المعاملة الى مكان اخر كأن سافر المالك الى بلد والقابض نقل المال الى بلد اخر .

(اما اذا كانا في محل واحد) فيجب على القابض التخلية بين المالك وماله وبناء على القول بوجوب الرد يجب عليه الرد اليه اذا طلبه منه وليس له منعه منه لانه غصب واضح نعم للمالك ان يطالبه بنقل المال الى بلد المعاملة كما ستعرف واما اذا كان المال باقيا في بلد المعاملة والمالك سافر عنه الى بلد اخر فليس للمالك ان يطالب القابض بنقل المال اليه حتى بناء على القول بوجوب الرد .

واما اذا انتقل المال عن بلد المعاملة والمالك باقيا فيه فله ان يطالب القابض بنقل المال الى بلد القبض واما اذا كانا معا منتقلين عنها فللمالك ان يطالب القابض بنقل المال الى بلد المعاملة لا البلد الذي هو فيه .

والوجه فى جميع ذلك ان الواجب على القابض ارجاع السلطنة التي ازالها عن المالك اليه بما لها من الخصوصيات التي تتفاوت بها الرغبات ومن الواضح ان اختلاف البلاد مما يختلف به قيمة الاموال ولا يجب على القابض ارجاع ازيد من ذلك فكون المال في بلد المعاملة من الخصوصيات التي ازال القابض سلطنة المالك عنها فيجب عليه ردّها اليه وان توقف على مؤنة كثيرة او قليلة دون غيره (فظهر بما بيناه) ان مؤنة الرد انما تكون على القابض فيما اذا توقفت التخلية بين المال ومالكه عليها لا الرد المصطلح .

حديث الخراج بالضمان

(١) من جملة احكام المقبوض بالعقد الفاسد ضمان المنافع المستوفاة وقدوقع الخلاف فيه بين الاصحاب والمعروف بينهم هو الضمان ونسب عدمه الى ابن حمزة فى الوسيلة مستدلا عليه بقوله (ص) الخراج بالضمان فيقع الكلام في دليل الضمان فان لم يقم عليه دليل كفى في نفيه الاصل ولا وجه للتعرض لما استدل به ابن حمزة من النبوي (١) وان قام عليه الدليل لابد من البحث عن وجود ما يعارضه وعدمه فنقول قد استدل على ضمان المنافع مطلقا بوجوه :

---

(١) الكلام في الحديث اولا فيمن رواه وثانيا في رجال سنده وثالثا فيما عليه اهل اللغة ورابعاً من عمل به من فقهاء الاسلام أما الاول فرواه الترمذي في سننه على هامش شرحه ألاحوذي للقاضي ابن العربي المالكى ج٥ ص ٢٨٥ كتاب البيع باب شراء العبد واستغلاله ثم يجد به عيبابالاسناد عن ابي عامر العقد عن ابن ابي ذيب عن مخلـــد بن خفاف عن عروة عن عائشه ان رسول الله (ص) قضى الخراج بالضمان ورواه النسائي في سننه ج ٢ ص ٢١٥ كتاب البيع باب الخراج بالضمان ورواه ابو داود في سننه ج ٣ ص ٢٨٤ رقم ٣٥٠٨ كتاب البيع باب من اشترى عبدا فاستغله ثم وجد به عيبا ورواه البيهقى في سننه الكبرى ج ٥ ص ٣٢١ كتاب البيع باب المشتري يجد فيما اشتراه عيبا وقد استغله زمانا ورواه البغوي في مصابيح السنة ج ٢ ص ١٠ كتاب البيع باب المنهي عنه من البيوع ورواه ابو داود الطيالسي في مسنده ص ٢٠٦ الجزء السادس طبع حيدر اباد ورواه الحاكم في المستدرك ج ٢ ص ١٥ كتاب البيع ورواه احمد في المسند ج٦ ص ٢٠٨ الطبع الاول عن ابن ابي ذيب عن مخلد بن خفاف بن رحضـــة الغفاري عن عروة عن عائشة قالت قضى =

« منها » : قوله (ص) على اليد ما اخذت حتى تؤدي فان المنافع تقع تحت

= رسول الله (ص) ان خراج العبد بضمانه و كانوا اختصموا في عبد اشتراه رجل فوجد به عيبا .

وفيه ص ٨٠ عن مسلم بن خالد عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشه ان رجلا اشترى عبدا في زمن رسول الله (ص) وبه عيب لم يعلم به فاستغله ثم علم العيب فرده فخاصمه الى النبي (ص) فقال يارسول الله استغله منذ زمان فقال رسول الله (ص) (الغلة بالضمان) .

وفي سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٣١ المطبعة التازية كتاب البيع باب الخراج بالضمان بالاسناد عن مسلم بن خالد الزنجي (١) عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشه ان رجلا اشترى عبدا فاستغله ثم وجد به عيبا فرده فقال يارسول الله (ص) انه قد استغل غلامي فقال رسول الله (ص) (الخراج بالضمان) .

ورواه الخطيب في تاريخ بغداد ج ٨ ص ٢٩٨ ترجمة خالد بن مهران ابو الهيثم البلخي بالاسناد عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشه قالت قال رسول الله ـ ص ـ الخراج بالضمان .

ورواه ابن تيمية في منتقى الاخبار على هامش شرحه نيل الاوطار للشوكاني ج ٥ ص ١٨١ كتاب البيع باب الكسب الحادث لا يمنع الرد بالعيب عن عائشه ان النبي (ص) قضى ان الخراج بالضمان (رواه الخمسة) .

قال وفي رواية ان رجلا ابتاع غلاما فاستغله ثم وجد به عيبا فرده بالعيب فقال البايع غلة عبدي فقال النبي (ص) (الغلة بالضمان) . =

(١) في تهذيب التهذيب ج ١٠ ص ١٢٩ لم يكن اسودا وانما هو ابيض اللون ولقب به اما للمقابلة بالضد واما ان جاريته قالت له لكثرة اكله التمر ما انت الا زنجي .

اليد كالاعيان (وفيه) مضافا الى ضعف السند ان ذيله قرينة على اختصاصه بالاعيان

= وفي كتاب اختلاف الحديث للشافعي على هامش الجزء السابع من كتاب الأم ص ٣٣٢ باب المصراة الخراج بالضمان عن سعيد بن سالم عن ابن ابي ذيب عن مخلد بن خفاف عن عروة بن الزبير عن عائشه ان رسول الله قال الخراج بالضمان ثم قال اخبرنا مسلم عن هشام عن ابيه عن عائشه ان رسول الله قال الخراج بالضمان

وفي الرسالة للشافعي ص ٤٤٨ رقم ١٢٣٢ تحقيق احمد محمد شاكر قال اخبرنا من لا اتهمه عن ابن ابي ذيب عن مخلد بن خفاف قال ابتعت غلاما فاستغللته ثم ظهرت منه على عيب فخاصمت فيه الى عمر بن عبد العزيز فقضى لي برده وقضى علي برد غلته فاتيت عروة فاخبرته فقال اروح اليه العشية فاخبره ان عائشه اخبرتني ان رسول الله قضى في مثل هذا ان الخراج بالضمان فعجلت الى عمر فاخبرته مـا اخبرني به عروة عن عائشه عن النبي (ص) فقال عمر فما ايسر علي من قضاء قضيته الله يعلم اني لم ارد فيه الا الحق فبلغتني فيه سنة عن رسول الله (ص) فارد قضاء عمر و انفذ قضاء رسول الله (ص) فراح اليه عروة فقضى لي ان اخذ الخراج من الذي قضى علي به له .

وهذا الحديث رواه عن الشافعي بهذا الاسناد السبكي في اجوبة مسائله ج٢ ص ٢١ تحت عنوان (خاتمة في نقض القضاء) .

ورواه في كنز العمال ج ٢ ص ٢١١ رقم ٤٥٧١ باب خيار العيب عن احمد والحاكم والبيهقى عن عائشه (الخراج بالضمان) .

وفيه رقم ٤٥٧٢ عن عائشه الغلة بالضمان .

وفي الجامع الصغير للسيوطي ج ٢ ص ١١ حرف الخاء عن عائشه (الخراج بالضمان) وفي الدرر المنتثرة للسيوطي على هامش الفتاوى الحديثة لابن حجر ص ١٥٥ حديث الخراج بالضمان .رواه الاربعة عن عائشه وفي الاشباه والنظائر للسيوطي =

دون المنافع التي ليست منها فانها غير قابلة للاداء بانفسها وظاهر الغاية ذلك .

= ص ١٢١ القاعدة الحادية عشر قال الخراج بالضمان حديث صحيح اخرجه الشافعي واحمد وابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن حبان من حديث عائشه وفي بعض طرقه ذكر السبب وهو ان رجلا ابتاع عبدا فاقام عنده ما شاء الله ان يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي (ص) فرده عليه فقال الرجل يارسول الله قد استعمل غلامي فقال الخراج بالضمان .

وذكره عبد الله بن سليمان الجرهزي الشافعي في المواهب السنية على هامش الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٢٦٤ وعمدة ما عنده ان الشافعي وغيره خرجه ثم ذكر السبب المتقدم .

وقال ابن رشد المالكي في بداية المجتهد ج ٢ ص ١٦٥ فصل العيوب من كتاب البيع قوله (ص) الخراج بالضمان اصل متفق عليه وارسله ابن الديبع الشيباني في تيسير الوصول ج ١ ص ٧٨ الباب التاسع الرد بالعيب عن عائشه ثم قال خرجه اصحاب السنن .

رجال السند :

قال الترمذي في سننه حديث حسن صحيح وعده البغوي في مصابيح السنة من الحسان وصححه الحاكم في المستدرك ولم يتعقبه الذهبي فى التلخيص وقال الزبيدي في تاج العروس شرح القاموس ج ٢ ص ٢١١ مادة خرج نقل الجلال في التخريج ان الترمذي وابن حيان والحاكم وابن القطان والمنذري والذهبي صححوه واتخذه الائمة المقلدون قاعدة من قواعد الشرع بنوا عليه فروعا واسعة .

ولكن ابن حزم لم يعبء بـه فانه في (المحلى) ج ٨ ص ١٣٦ كتاب الاستحقاق والغصب والجنايات قال لا يصح حديث الخراج بالضمان لانفراد مخلد بن خفاف ومسلم بن خالد الزنجي به وفيه ج ٩ ص ٨١ رقم ١٥٩٠ مسألة =

و « منها » : ماورد في احترام مال المسلم وانه كحرمة دمه (وفيه) ان غاية

= الرد بالعيب قال وعهدنا بهم يصححون الخبر الفاسد الخراج بالضمان ويحتجون به في المغصوب والجنايات ثم خالفوه ههنا .

وتنظر الذهبي في ميزان الاعتدال في رواية ابن ابي ذيب عن مخلد بن خفاف وفي الجرح والتعديل لابن ابي حاتم الرازي ج ٤ القسم الأول ص ٣٤٧ مخلد بن خفاف الغفاري روى عن عروة بن الزبير وروى عنه محمد بن عبد الرحمن بن ابي ذيب سمعت ابي يقول لم يرو عنه غير ابن ابي ذيب وليس هذا اسناد تقوم به الحجة يعني الحديث الذي يروي مخلد بن خفاف عن عروة عن عائشه عن النبي (ص) ان الخراج بالضمان غير اني اقول به لانه اصلح من ارآء الرجال .

وفي تهذيب التهذيب لابن حجر ج ١٠ ص ٧٤ بعد ان ذكر ما عند ابن ابي حاتم وان البخاري تنظر في حديث مخلد بن خفاف قال في سماع بن ابي ذيب عن مخلد عندي نظر ،

وقال الزبيدي في تاج العروس ج ٢ ص ٢١١ ضعف البخاري حديث مخلد بن خفاف .

واما السند الثاني لهذا الحديث الذي يرويه مسلم بن خالد الزنجي عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشه وان صححه الحاكم في المستدرك الا ان الذهبي في ميزان الاعتدال ج ٣ ص ١٦٥ طبعة مصر حكى اختلاف كلام بن معين فيه فتارة يقول لا باس به واخرى انه ثقة وثالثة انه ضعيف وعند الساجى كثير الغلط ويرمى بالقدر ثم ذكر الذهبي احاديث عنه وعقبها بقوله هذه الاحاديث وامثالها لا تفيد قوة الرجل ويضعف .

وفي تهذيب التهذيب ج ١٠ ص ١٢٩ عن بن سعد انه كثير الغلط وقال عثمان الدارمي ليس بذاك في الحديث وقال الساجي صدوق كثير الغلط ويرمى بالقدر وكان =

مدلوله حرمة التصرف فيه تكليفا ولا يستفاد منه الضمان بعد التلف .

= يحدث بالمناكير عن ابي هريرة وعن عكرمة مولى ابن عباس وذكره ابن البرقي في باب من نسب الى الضعف ممن يكتب حديثه .

وفي تاريخ البخاري ج ٤ القسم الاول ص ٢٦٠ مسلم بن خالد الزنجي عن ابن جريح وعن هشام بن عروة منكر الحديث واما هشام بن عروة وابوه عروة ابن الزبير فحدثا واكثرا كما شاءت لها الرغبة .

الخراج عند اهل اللغة :

في الصحاح مادة خرج ومقاييس اللغة لابن فارس ج ٢ ص ١٧٥ الخراج والخرج الاتاوة وفى الفائق للزمخشري ج١ص ٣٤٠ طبعةمصر كل ما خرج من شيء من نفعه فهو خراجه فخراج الشجر ثمره وخراج الحيوان نسله ودره وفي المصباح مادة خرج الخراج والخرج ما يحصل من غلة الارض ولذلك اطلق على الجزية وفي المغرب للمطرزي مادة خرج الخراج مايخرج من غلة الارض او الغلام ومنه (الخراج بالضمان) اي الغلة بسبب ما ضمنته ثم سمي ما ياخذه السلطان خراجا فيقال ادى خراج ارضه وادى اهل الذمة خراج رؤوسهم يعني الجزية .

وفي مفردات الراغب الخراج مختص فى الغالب بالضريبة على الارض وقيل للعبد يؤدي خرجه اي غلته والرعية تؤدي الى الامير الخراج وفي (الاموال) لابي عبيد القاسم بن سلام ص ٧٣ الخراج في كلام العرب الكراء والغلة ألا تراهم يسمون غلة الارض والدار والمملوك خراجا ومنه حديث النبي (ص) انه قضى ان الخراج بالضمان ثم ذكر سند الحديث عن ابن ابي ذيب عن مخلد بن خفاف عن عروة عن عائشه ثم قال هو ان يشترى الرجل العبد فيستغله ثم يجد به عيبا كان عند البايع انه يرده بالعيب وتطيب له تلك الغلة بضمانه لانه لو مات في يده مات من ماله . =

و « منها » : قوله (ع) لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه فان المنافع

= وقال موهوب الجواليقى في شرح ادب الكاتب لابن قتيبه ص ٧٤ بعد قوله (الخراج بالضمان) الخراج هو الغلة ثم حكى نص ابي عبيد المتقدم فى معنى الحديث وقال هذا معنى قول شريح لرجلين احتكما اليه في مثل هذا فقال للمشتري رد الداء بدائه ولك الغلة بالضمان .

وفي لسان العرب ج ٣ ص ٥٢ دار الفكر بيروت قال الزجاج الخراج اسم لما يخرج والخراج غلة العبد والامة والخراج الاتاوة تؤخذ من اموال الناس ثم قال والخراج الذي وظفه (عمر) على السواد وارض الفيء معناه الغلة تؤخذ كل عام ولذلك يسمى خراجا وقيل للجزية التي ضربت على رؤوس اهل الذمة خراج لانها كالغلة الواجبة عليهم وقال ابن الاعرابي الخرج على الرؤوس والخراج على الارضين وحكى في تاج العروس ج ٢ ص ٣٠ مادة خرج عن الرافعي ان اصل الخراج ما يضرب به السيد على عبده ضريبة يؤديها اليه فسمي الحاصل منه خراجا وقال القاضي الخراج اسم لما يخرج من الارض ثم استعمل في منافع الاملاك كربع الارضين وغلة العبد والحيوانات .

وفي مجمع البحرين للطريحي مادة خرج الخرج والخراج بفتح العين فيهما ما يحصل من غلة الارض وقيل يقع اسم الخراج على الضريبة والفيء والغلة ومنه خراج العراقين .

وفي نهاية ابن الاثير ج ١ ص ٣٢١ طبعة مصر مادة خرج (الخراج بالضمان) يريد ما يحصل من غلة العين المبتاعة عبدا كان او امة او ملكا وذلك ان يشتريه فيستغله زمانا ثم يعثر على عيب قديم لم يطلعه البايع عليه او لم يعرفه فله رد العين المبيعة واخذ الثمن ويكون للمشتري ما استغله لان المبيع لو تلف في يده لكان من ضمانه ولم يكن على البايع شيء والباء في (بالضمان) متعلقة بمحذوف تقديره الخراج =

من الاموال (وفيه) ان غاية ما يستفاد منه انما هو المنع عن التصرف في مال الغير

مستحق بسبب الضمان انتهى .

رأي الفقهاء

اختلف فقهاء اهل السنة في العمل بالحديث وبعمومه وعدمها واليك كلمات ارباب المذاهب ننقلها بنصها ولا يخفى ان البخارى ومسلما لم يخرجاه في صحيحهما لعدم الاعتماد عليه كما لم يستند اليه مالك في الموطأ ج ٢ ص ١٢٣ باب العيب في الرقيق من كتاب البيع وانما استند الى عمل اهل المدينة قال الرجل يشترى العبد فيواجره بالاجارة العظيمة او الغلة القليلة ثم يجد به عيبا يرد منه انه يرده بذلك العيب وتكون له اجارته وغلته وهذا الأمر الذي عليه الجماعة ببلدنا وذلك لو ان رجلا ابتاع عبدا فبنى له داراً قيمة بنائها يساوى ثمن العبد اضعافا ثم وجد به عيبا يرد منه رده ولا يحسب العبد عليه اجارة فيما عمل له فكذلك تكون له اجارته اذا اجاره من غيره لانه ضامن له وهذا الامر عندنا .

واستدل له الزرقاني في شرحه على الموطأ ج ٣ ص ٢٥٧ بما رواه ابو داود وغيره عن عائشه ان رجلا ابتاع غلاما فاقام عنده ما شاء الله ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي (ص) فرده عليه فقال الرجل قد استغل غلامي قال صلى الله عليه وآله (الخراج بالضمان) .

الشافعية :

وعمل بالحديث ابو اسحاق الشيرازي فى المهذب ج ١ ص ٢٨٣ كتاب البيع باب اذا وجد العيب وقد زاد المبيع فيما اذا كانت الزيادة منفصلة كاكتساب العبد فانه يرد العبد ويمسك الكسب واستدل عليه بحديث الخراج بالضمان وقاس عليه غير مورد الحديث مثل اذا كانت الزيادة بهيمة ولدت عند المشترى او أثمرت عنده او كان المبيع جارية حملت عنده وولدت او جارية ثيبا ووطأها فانه يرد الجارية =

تكليفا لا الضمان فالعمدة في المقام وجهان :

وحدها ولا شيء عليه .

وفي الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر ج ٢ ص ٢٥٢ كتاب البيع سئل عن هذا الحديث هل هو عام للملك وغيره من الغصب والسوم والوديعة اذا تعدى عليها ام هو مختص بالملك كما هو مورد الحديث (والجواب) ان الحديث له قصة اشار اليها السائل وكان معناه ان فوائد المبيع للمشتري في مقابلة ما كان في ضمانه .

وفي مختصر المزني على هامش كتاب الام ج ٢ ص ١٨٦ باب التصرية استدل على انه اذا رد المصراة رد معها صاعا من تمر ثمنا للبن التصرية ولا يرد اللبن الحادث في ملكه لان النبي (ص) قضى ان الخراج بالضمان .

ولم يبد ابن حجر العسقلاني رأيه في الحديث ولا في معناه ولا من عمل به وانما ذكر في فتح الباري ج ٤ ص ٢٥١ حديث المصراة وذكر الخلاف في تقديم حديث الخراج بالضمان عليه وعدمه .

الحنابلة

في المغني لابن قدامة ج ٤ ص١٤٤ كتاب البيع فصل ردّ المبيع قال اذا كان للمبيع المعيب زيادة منفصلة من غير عين المبيع كالكسب والخدمة والاجرة وما يوهب له او يوصى به له فكل ذلك للمشتري في مقابلة ضمانه لان العبد او هلك هلك من مال المشتري وهو معنى قوله (ص) (الخراج بالضمان) ولا نعلم في هذا خلافا ثم ذكر رواية ابي داود وابن ماجه والشافعي عن عائشة : الخراج بالضمان وفي سنن ابي سعيد عن مسلم بهذا الاسناد وفيه (الغلة بالضمان) .

ثم قال بهذا قال ابو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم عن غيرهم خلافا وتعرض لمسائل لم يبتن فقهها على هذا الحديث .

(احدهما) : السيرة العقلائية بضميمة عدم الردع عنها على ضمان المنافع

= الحنفية

في فتح الغدير لابن همام ج ٥ ص ١٥٢ كتاب البيع باب خيار العيب .

بعد ان ذكر ان معاذا قال لاهل اليمن في قوله (ص) بيع المسلم المسلم دليل على ما كان سليما قال ويدل عليه قضاؤه بالرد فيه على ما في سنن ابي داود بسنده الى عائشة ان رجلا ابتاع غلاما فاقام عنده ما شاء الله ان يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي (ص) فرده عليه فقال الرجل يارسول الله قد استغل غلامي فقال رسول الله (ص) الخراج بالضمان ولم يذكر غير هذا الفرع ولا فروع المسألة وظاهره صحة حديث (الخراج) عنده .

ومثله العيني في عمدة القارى شرح البخاري ج٥ص٥١٠ في مسألة التصرية قال رد حديث التصرية حديث الخراج بالضمان فان المراد بالخراج ما يحصل من غلة العين المبتاعة عبدا كان او امة او ملكا وذلك بان يشتريه فيستغله زمانا ثم يعثر منه على عيب قديم لم يطلعه البايع عليه او لم يعرفه فاه رد العين المبيعة واخذ الثمن وللمشترى ما استعمله لان المبيع لو تلف في يده لكان من ضمانه ولم يكن له على البايع شيء انتهى .

المالكية

في كتاب الاحوذي شرح سنن الترمذي للقاضي ابن العربي الاندلسى ج ٦ ص ٢٨ كتاب البيع باب الخراج بالضمان قال هذا حديث مجمع على معناه في الجملة وان نفاه البخاري والخراج في العربية عبارة عن كل خارج من شيء موضوع فائدة طرأت على اخره ويقول كثير من اهلها انه مخصوص بالغلات والامر كما ذكرته لكم وموضع الاجماع فيه ان الرجل اذا ابتاع بيعا فاستغله او استخدمه ثم طرأ فسخ على بيعه فان له ما استغل وما استخدم فما كان له ضامنا =

المستوفاة كنفس الاعيان وقد تمسكنا بهذه السيرة في قاعدة (مايضمن بصحيحه).

= من الأصل لو طرأ عليه تلف فاذا نتجت الغنم او ولدت الماشية عند المشتري او اغتلها فلا يرد شيء من ذلك عند الشافعي وقال مالك يرد الاولاد خاصة وقال اهل الرأي يرد الدار والدابة والعبد وله الغلة وقالوا في الماشية والشجر اذا اخذ غلتها ليس له ان يرد بالعيب لكنه ياخذ الارش وقال ابو حنيفة ياخذ ذلك كله ويرد بالعيب الى ان قال واما الغاصب فاختلف الناس فيه فمنهم من حمله على الملك وجعل له الخراج بالضمان ومنهم من قطعه عنه وحكم برد كل مااغتل والحق لايلحق عاص بمطيع ولاظالم بعادل ولاحجة في عموم الحديث لانه ليس من قول النبي (ص) وانما هو اخبار عن قضية فى عين فلا ترى حقيقة الحال فيها فاذا حصلت صورة بالاجماع فلا تدخل اخرى الا بالنظر ولا نظر يلحق العاصى بالمطيع انتهى .

رأي الشوكاني

في نيل الاوطار ج ٥ ص ١٨١ باب الكسب الحادث لا يمنع الرد بالعيب قال ظاهر الحديث عدم الفرق بين الفوائد الاصلية والفرعية والى ذلك ذهب الشافعي وفصل مالك فقال يستحق المشترى الصوف والشعر دون الولد وفرق اهل الرأي والهادوية بين الفوائد الفرعية والاصلية فقالوا يستحق المشترى الفرعية كالكراء دون الاصلية كالولد والثمر وهذا الخلاف مع انفصال الفوائد عن المبيع واما اذا كانت متصلة وقت الرد وجب ردها بالاجماع ومال الجمهور الى ان هذا الحكم مختص بمن له ملك في العين التي انتفع بخراجها كالمشترى الذي هو سبب ورود الحديث وقالت الحنفية ان الغاصب كالمشترى قياساً ولا يخفى ما فى هذا القياس لان الملك فارق بمنع الالحاق والاولى ان يقال ان الغاصب داخل تحت عموم اللفظ ولا عبرة بخصوص السبب كما تقرر فى الاصول انتهى . =

(ثانيها): قاعدة من اتلف مال الغير فهو له ضامن فان الاتلاف هو الاعدام

= ابن القيم

في الموقعين لابن القيم الجوزية ج ١ ص ٣٦٧ الخراج في هذا الحديث هو الغلة مثل كسب العبد واجرة الدابة دون الولد واللبن انتهى .

عند الشيعة

ممن عمل بالحديث من علماء الامامية ابو جعفر محمد بن الحسن الطوسي قال فى الخلاف ص ٢١١ رقم ١٧٦ طبع الحجر بايران اذا اشترى جارية حاملا فولدت فى ملك المشترى عبدا مملوكا ثم وجد بالأم عيبا فانه يرد الام دون الولد وللشافعي فيه قولان احدهما مثل ما قلناه والثاني له ان يردهما معا لانه لا يجوز ان يفرق بين الام والولد فيما دون سبع سنين والاول اصح عندهم دليلنا عموم قوله (ص) (الخراج بالضمان) .

وقال في المبسوط بعد الفراغ من بيع المصراة فصل فى أن الخراج بالضمان اذا كان لرجل مال فيه عيب فاراد بيعه وجب عليه ان يبين للمشترى عيبه ولا يكتمه او يتبرء اليه من العيوب والاول احوط وان لم يبينه واشتراه انسان فوجد به عيبا كان المشترى بالخيار ان شاء رضي وان شاء رده بالعيب واسترجع الثمن فان اختار فسخ البيع ورد المبيع نظر فان لم يكن حصل من جهة المبيع نماء رده واسترجع ثمنه وان كان قد حصل نماء وفائدة فلا يخلو من ان يكون كسبا من جهته او نتاجا وثمرة فان كان كسبا مثل ان يكتسب بعمله او تجارته او يوهب له او يصطاد شيئا او يحتطب او يحتش فانه يرد المعيب ولا يرد الكسب بلا خلاف لقوله (ص) (الخراج بالضمان) فالخراج اسم للغلة والفائدة التي تحصل من جهة المبيع (الى ان قال) وقوله (ص) الخراج بالضمان معناه ان الخراج ان يكون المال يتلف من ملكه ولما كان المبيع يتلف من ملك المشتري لان الضمان انتقل اليه بالقبض كان =

فيعم ما اذا كان بالاستيفاء او بغيره .

ولا يخفى ان السيد قدس سره في الحاشية وان ذهب الى كونها رواية نبوية الا انه لم يظهر لنا ذلك بل الظاهر كونها من كلام الفقهاء مستفادة مما ورد في الموارد المختلفة كمااستفيد تنجيس مايلاقي النجس مما ورد في الموارد المختلفة واستظهر كونها من باب المثال لا لخصوصية فيها (وكيف كان) يمكن التمسك بهذين الوجهين لاثبات الضمان في المقام ولا يعارضها مااستند اليه ابن حمزة من قوله (ص) (الخراج بالضمان) (اولاً) لضعف سنده ولم يعلم استناد المشهور اليه (وثانيا) لقصور دلالته فان المحتمل فيه وجوه :

(منها): وهو الاظهر وان لم اجد من ذكره ان يراد بالخراج خصوص مايقابل المقاسمة دون مطلق المنافع والمعنى ان خراج الاراضي الخراجية يكون بسبب الضمان

= الخراج له انتهى .

وفي المختلف للعلامة الحلي ج ٢ ص ١٢٣ اخر الفصل التاسع من كتاب التجارة في مسألة البيع الفاسد اذا انتفع به المبتاع ولم يعلما بفساده واسترد البايع المبيع لا يسترد ثمن ما انتفع به واسترد الولد ان حملت به امه عنده وولدت لانه لو تلف لكان من ماله وقوله (ع) الخراج بالضمان محمول على الصحيح والا لكان الغاصب مالكا انتهى .

وفي الجواهر المسألة الرابعة من احكام الخيار وهي ملك المشترى المبيع الخيارى بالعقد وانقضاء الخيار واستدل على ذلك بامور منها النبوي الخراج بالضمان الذي معناه ان الربح في مقابلة الخسران فان الخراج اسم للفائدة الحاصلة في المبيع والمراد انها للمشترى كما ان الضرر الحاصل بالتلف عليه فهو دال على المطلوب وان كان مورد الحديث خيار العيب انتهى .

هذا ما تيسر لي عاجلا في هذا الحديث (عبد الرزاق الموسوي المقرم)

قوله : (ره) واما المنفعة الفائتة بغير استيفاء (١) .

وتقبلها من السلطان العادل او الجائر فاذا ضمن احدشيئا يكون هو المطالب بخراجها وان انتفع بها شخص اخر (وعليه) يكون اجنبيا عما نحن فيه .

و (ومنها) : ان يراد بالخراج مطلق المنافع وحينئذ يحتمل ان يراد بالضمان مطلق الضمان سواء كان اختياريا او غير اختياري وعلى هذا الاحتمال يتم ما افتى به ابو حنيفة من عدم ضمان الغاصب لما استوفاه من منافع العين المغصوبة ولا يلتزم به (ابن حمزة) ولا غيره .

و (منها) : ان يراد به خصوص الضمان الاختياري الثابت بالالتزام اذا كان ممضى شرعا وقد اختاره العلامة (ره) وغيره فيكون المعنى من تقبل العين بعقد صحيح يملك منافعها بالتبع (وعليه) يكون اجنبيا عما نحن فيه .

و (منها) : ان يراد بالضمان خصوص الاختياري لكن اعم من كونه ممضى شرعا وعلى هذا يتم استدلال ابن حمزة وانى له باثباته مع كونه مرجوحا بل هو مقطوع البطلان لان لازمه ان يكون البايع ضامنا للمشترى منافع المبيع بالبيع الفاسد اذا لم يسلمه اليه وهكذا اذا غصبه منه شخص ثالث لابد ان يكون ضامنا لمنافعه للمشتري دون البايع ولا يمكن الالتزام بشيء من ذلك .

(١) لا يخفى انا لو بنينا على عدم الضمان في المنافع المستوفاة فلا مجال للبحث عنه في غير المستوفاة لانتفاء الضمان فيها بطريق اولى واما لو بنينا على ثبوته في المستوفاة فيقع البحث فى المنافع التي لم يستوفها القابض التالفة تحت يده وقد وقع الخلاف بين الاصحاب والاقوال ثلاثة الضمان مطلقا وعدمه كذلك والتفصيل بين علم البايع وجهله بالفساد واما التوقف مطلقا او في فرض علم البايع فهو بمعنى عدم العلم فلا ينبغي عده قولا في المسألة .

ثم القول بالتفصيل لا وجه له بعد القول بالضمان على الاطلاق فى المنافع

المستوفاة فان التفصيل انما هو من جهة ان المالك فى فرض علمه بالفساد هو الذي سلط القابض على ماله واذن له في التصرف فلا ضمان وهذا الوجه جار في المنافع المستوفاة ايضا ولم يفصل فيها .

(فالعمدة) القولان الاولان ثم ان عبارة المصنف (ره) فى المقام مشوشة فانه فى صدر كلامه نفى الضمان وفي وسطه ذكر ان للتوقف مجالا وفي ذيله قوى ثبوته وقبل التعرض لبيان ما هو الصحيح من الاقوال نتعرض لحكم المنافع الغير المستوفاة في المغصوب .

(فنقول) قد تكون المنفعة الغير المستوفاة منفعة شأنية بمعنى ان المالك لم يكن يستوفها ولو كانت العين تحت يده كما اذا فرضنا ان المالك من الاغنياء يملك اعيانا كثيرة من اراض وبساتين وسيارات وغيرها وفرضنا انه لا ينتفع بها الا في وقت خاص مع كونها قابلة للانتفاع فاذا غصبها احد لا يضمن له تلك المنافع لانه لم يتلفها ولم يستوفها فاذا لم تكن مضمونة في الغصب لا تكون مضمونة في المقبوض بالعقد الفاسد بطريق اولى .

وقد تكون منفعة فعلية بحيث كان المالك يستوفها لولا الغصب ولا اشكال في ضمان الغاصب لها لانه اتلفها على المالك وان لم يستوفها فهذا القسم من المنافع هل يكون مضمونا على القابض في العقد الفاسد ؟ الظاهر هو العدم لعدم جريان الوجهين المذكورين فى ضمان المنافع المستوفاة هنا .

اما قاعدة من اتلف فلأن القابض لم يتلف المنفعة على المالك ولم يمنعه من التصرف في ماله ولم يزاحمه كما هو المفروض كما انه لم يستوفها ليقال ان الاستيفاء في حكم الاتلاف .

واما السيرة فلعدم ثبوت قيامها على الضمان لمجرد تلف المنفعة تحت يد القابض من دون استناد اليه (واما الوجوه المذكورة في المتن) فلا يتم شيء منها . اما حديث

قوله : (ره) اذا تلف المبيع فان كان مثليا وجب مثله (١) .

على اليد فلأمرين (احدهما) ما في المتن من عدم صدق عنوان اخذ المال على الاستيلاء على المنافع (ثانيهما) ما تقدم من ان ظاهر قوله(ع) (حتى تؤدي) اداء نفس ما اخذ وليست المنافع قابلة للاداء بنفسها .

واما دليل احترام مال المسلم فلا يستفاد منه الا توقف جواز التصرف فيه على اذن المالك .

واما حديث (لا يحل) فقد عرفت كونه ظاهرا في حرمة الافعال المتعلقة بمال الغير بدون طيب نفسه او خصوص اكله بمعنى تملكه كما هو مفاد الآية المباركة او مطلق التصرف فيه .

فلم يبق الا الاجماع المنقول في السرائر وغيره وليس بحجة كما بين في محله مضافا الى قصور دلالته فان المنقول هو الاتفاق على ان المقبوض بالعقد الفاسد يكون في حكم المغصوب ومن الواضح انه ليس بمنزلته في جميع الاحكام مثلا الأمة المغصوبة اذا وطأها الغاصب فاولدها لا يلحق الولد بالواطي لانه زانٍ ولا يجري هذا الحكم فيما اذا كانت مقبوضة بالعقد الفاسد (فالظاهر) ان مورد الاتفاق انما هو كونه بمنزلة المغصوب في وجوب رد العين دون بقية الاحكام وبالجملة لم نعثر على ما يدل على ضمان المنافع الغير المستوفاة فى المقام .

الضمان بالمثل والقيمة

(١) المعروف بين الاصحاب ان المغصوب وما في حكمه ان كان مثليا يضمن بمثله وان كان قيمياً يضمن بقيمته اذا تلف ولم ينسب الخلاف فيه الا الى الاسكافي فانه ذهب الى ثبوت الضمان بالقيمة حتى في المثلى على ما هو ظاهر ما حكاه المصنف (ره) في صدر المسألة الا ان ما حكاه عنه في الامر السابع في ضمان القيمي بالقيمة ينافي ذلك فان المنقول هنا عدم التزامه بوجوب دفع القيمة في القيمى وهو

مقطوع الفساد لان لازمه القول بوجوب القيمة في المثلى والمثل في القيمي ولعل فى المحكى سقط وعلى كل فلم تظهر لنا فتوى الاسكافي والمهم بيان الدليل :

وتفصيل الكلام في ذلك يقع في مقامين (احداهما) في الكبرى و (ثانيهما) فى الصغرى .

(اما الكبرى) فقد استدل على اثباتها بوجوه كلها مخدوشة :

(منها) : قوله « ع » على اليد ماالخذت حتى تؤدي (وفيه) ان غاية مدلوله اثبات اصل الضمان ووجوب رد العين اذا كانت باقية واما التفصيل بين المثلى والقيمى فلا مضافا الى ضعف سنده كما تقدم .

و (منها) : ما ورد عن ان حرمة مال المسلم كحرمة دمه وما ورد من انه لايحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه (وفيه) ان المستفاد منه ليس الا الحكم التكليفي وعدم جواز التصرف في مال احد الا بأذنه وطيب نفسه .

و (منها) : ماورد من الحكم بالضمان فى الموارد الخاصة (وفيه) انه لم يذكر الضمان بالمثل ى شيء من ذلك بل في بعضها صرح بوجوب دفع القيمة .

و (منها) : قوله « تعالى » (من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) وفيه ان الاية كانت مختصة بمورد نزولها فهي اجنبية عما نحن فيه وان كانت مطلقة كما هو الظاهر فغاية مفادها اختصاص حرمة الاعتداء بالابتدائي وجواز الاعتداء اذا كان في مقابل الاعتداء واعتبار المماثلة في ذلك من حيث نفس الاعتداء والمعتدى به واما ضمان المثلي بالمثل فلا يستفاد من الأية .

و (منها) : الاجماع وفيه منع خصوصا مع اختلافهم في تعيين المثلى ولو تنزلنا عن ذلك واقتصرنا في مورده على القدر المتيقن فنقطع بعدم كونه اجماعا تعبديا لاحتمال اعتماد المجمعين على الوجوه المذكورة او غيرها .

فينحصر المدرك لهذه الكبرى بقيام السيرة العقلائية عليها فان من اتلف مال

الغير يغرمونه بالمثل اذا كان مثليا كالدينار لا بقيمته ولعله من هذه الجهة لانرى تعرضا لبيان المثلي وانه يضمن بالمثل .

(وأما الصغرى) فقد عرف المثلي بامور كلها شرح الاسم ولايبعد رجوعها الى وجه واحد .

(منها) : ماحكي عن جمع كما في المتن من انه ما يتساوى اجزاؤه من حيث القيمة والظاهر ان مرادهم بالاجزاء هو الافراد وانما عبروا بالاجزاء من باب فرض مجموع الافراد شيئا واحدا والافراد بمنزلة اجزائه فالمعنى ان المثلي ماتساوت افراده من حيث القيمة مثلا الحنطة اذا كان (المن) منها بدرهم (فالمن) الاخر منها يقوم بدرهم بخلاف القيمي فان افراده مختلفة القيمة (كالفيروزج) .

ولكن المصنف « ره » قرر الاجزاء على ظاهره وفسر التعريف بوجه اخر حيث قال (بمعنى كون قيمة كل بعض الخ) وحاصله ان يكون قيمة كل بعض من اجزاء الحقيقة الواحدة مساوية للبعض الاخر بحسب نسبته اليه من حيث الكمية فتأمل

وهو غير تام اذ لا اشكال فى اختلاف قيمة الاشياء باختلاف كميتها من حيث الزيادة والنقصان فان (المن) من الحنطة اذا قوم بست دراهم (فالحقة) منها لاتقوم بدرهم واحد مع ان الحقه سدس (المن) بل تقوم باكثر من درهم فالصحيح في تفسيره ماذكرناه واليه يرجع ماحكاه المصنف «ره» عن (السرائر) انه ماتماثلت اجزاؤه وتفاوتت صفاته وما حكاه عن الدروس والروضة وغيرها .

(توضيح ذلك): انه لاريب في اختلاف الموجودات من حيث الخصوصيات بل لايوجد في الخارج موجودان متساويان في جميع الخصوصيات وقد برهن على ذلك بانه لاتكرار في التجلي الا ان خصوصيات الافراد مختلفة .

فان منها مالادخل لها في تفاوت رغبات الناس فيها واختلاف ماليتها ومثلها لايكون ميزانا للمثلي والقيمي ولذا لايجب على الغاصب ومن بحكمه ردها على مالكها اذا

تلفت ولو امكن ذلك باعجاز ونحوه نعم يجب ردها ما دامت موجودة .

ومنها ما تكون دخيلة فى ذلك وبها ميزان المثلية والقيمية فان افراد الصنف الواحد او النوع الواحد اذا كانت متساوية فى تلك الخصوصيات كان ذلك النوع او الصنف مثليا واذا كانت مختلفة كان قيميا والمراد بالتساوي هو التقارب فان احراز التساوي الحقيقي متعسر او متعذر مثلا (الارز) من المزرعة الواحدة تكون افراده متقاربة من حيث تلك الخصوصيات الدخلية فى الرغبات من الطعم والرائحة ونحوها فهو مثلي وان كانت افراده مختلفة من الخصوصيات الاخر وهكذا الدراهم والدنانير المصنوعة (بالمكاين) وكذا الاقمشة المصنوعة بها دون المصنوعة باليد والجوهر كالياقوت لايتساوي افراده من تلك الجهات بل على ما يقال لايوجد فردان منه متساويين فيها وان كانا متساويين من حيث القيمة لوجود بعض الصفات في احدهما وبعض الصفات فى الاخر فهو قيمي وهذا هو الضابط الصحيح للمثلي والقيمي وعليه لايبقى مورد يشك فى كونه قيميا ومثليا .

ثم لو فرض الشك في مورد فهل تتعين دفع القيمة او بتخير الضامن او المضمون له او الرجوع الى الاصل العملي او الى القرعة وجوه (اما تعيين دفع القيمة) فهو مبني على كون المقام من قبيل الاقل والاكثر بتخيل ان رد المالية واجبة على الضامن قطعا ويشك فىوجوب ردالخصوصيات المثلية اعني الاوصاف والاصل عدمه (وفيه) انه مبتن على ان يراد بالقيمة المعتبرة ردها في القيميات المالية المشتركة بين جميع الاموال وليس كذلك بداهة عدم كفاية رد مالية القيمي التالف فى ضمن جنس اخر مثلا اذا كان التالف (حديدا) لايجوز رد ماليته فى ضمن الدهن او الجبن بل المراد بالقيمة ما هو متمحض في المالية وهو الدرهم والدينار ولذا تكون خصوصياتها الشخصية ملغاة عند العقلاء (وعليه) فيدور الامر فى المقام بين متباينين اعني المثل او الدرهم والدينار لا الاقل والاكثر .

(واما تخيير الضامن) فهو مبني على كون المورد من قبيل المتباينين ولكن بما ان الموافقة القطعية بدفع المثل والقيمة معاً ضرر على الضامن او مخالف للاجماع فهي ليست بواجبة فيكتفي بالموافقة الاحتمالية وهي حاصلة باداء كل من المثل او القيمة فالضامن مخير في دفع اي منهما شاء .

(واما تخيير المالك) فهو ايضا مبني على ذلك لكن بدعوى ان الاشتغال اليقيني يستدعي الفراغ اليقيني وهو يحصل بالتراضي مع المالك ودفع ما اختاره (وفيه) ان تخيير الضامن بعد عدم وجوب الموافقة القطعية لاحد الوجهين المذكورين انما يتم لو كان الامر منحصرا بالموافقة الاحتمالية وليس كذلك لاحتمال وجوب الرجوع الى مايقتضيه الاصل او القرعة التي هي لكل امر مشكل .

وهكذا في تخيير المالك فانه لاوجه لالزام المالك الضامن بخصوص المثل او القيمة اذا لم يتراضيا عليه ومجرد كون الاشتغال اليقيني مقتضياً للفراغ اليقيني لا يصحح ذلك بل يرجع في امثال المقام الى القرعة كما في موارد التنازع اوفيما اذا علم احد بالاقتراض من زيد ولم يعلم ان مااقترضه كان درهما او عرضا فانه بعد عدم وجوب دفع كليهما عليه يتعين احدهما بالقرعة .

(ويمكن القول) بتعين المثل لان مقتضى على اليد اوالسيرة العقلائية استقرار ضمان الطبيعي والصفات والخصوصيات الشخصية على ذمة الضامن لاستيلائه على جميعهـا فيجب ردها اجمع اذا كانت العين باقية وامكن ردها واذا تعذر رد الخصوصيات وجب رد الطبيعي اعني المالية والاوصاف ويكون ذلك برد المثل واذا تعذر رد الاوصاف ايضا اقتصر على رد المالية المحضة .

(وبعبارة اخرى) مقتضى السيرة وحديث على اليد وجوب اداء الاوصاف التي استولى عليها الضامن الافيما قام الدليل على عدم وجوب ردها وهو مااذا كان التالف قيمياً فما لم يثبت ذلك يجب فيه رد الاوصاف باداء المثل :

قوله ره : فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة (١)

(وبالجملة) دوران الامر بين تخيير المالك او الضامن مبني على كون المقام من قبيل المتباينين بان يتردد ما استقر على ذمة الضامن بين المثل والقيمة وليس كذلك فان الضمان لغة بمعنى الاشتمال وانما يطلق في المقام باعتبار اشتمال الذمة على نفس العين واستقرارها فيه مطلقا بما لها من الخصوصيات الشخصية والاوصاف النوعية فاذا امكن اداءها برد العين وجب والافيجب رد الاوصاف النوعية الا فيما احرز عدم وجوبها فليس امر الضمان دائراً بين متباينين لتصل النوبة الى التخيير .

(ولو تنزلنا) عن ذلك فالمرجع هو القرعة فانها لكل امر مشكل ولا وجه للقول بسلطنة الضامن على الزام المالك بقبول خصوص المثل او القيمة اكتفاء بالموافقة الاحتمالية او العكس تحصيلا للفراغ اليقيني فان كل ذلك يحتاج الى دليل .

(فان قلت) اذا توقف تحصيل العلم بفراغ ذمة الضامن على جعل الاختيار بيد المالك وجب ذلك بحكم العقل من دون التماس دليل اخر .

(قلت) نعم الا ان الضامن ربما يكون مجنونا او صغيرا لايجب عليه تفريغ الذمة فيبقى جهة الكلام فيما ثبت في ذمته مع القطع بعدم الفرق بينهما وبين غيرهما ولا يمكن حينئذ جعل الاختيار بيد المالك لانه على خلاف مصلحة القاصر .

ويجري ما ذكرناه من الرجوع الى القرعة في كثير من موارد اختلاف المتبايعين في الثمن او المثمن واختلاف الزوجين في المهر الى غير ذلك .

(١) الظاهر تعين رد المثل ولو نقص قيمته ولا ينتقل الى القيمة وذلك لان نقصان المالية لا يكون مضمونا على الغاصب ومن بحكمه ولذا لوفرضنا تاجراً صنع شيئا اوجب نقص مالية اموال تاجر آخر لايكون ضامنا لنقص الماليةبل لوسقطت به عن المالية لايكون ضامنا فالمضمون ليس الا المال لا المالية وعليه فالواجب على الضامن رد المال الذي اخذه وان نقصت ماليته ولا يقاس بما اذا سقط المثل عن

قوله ره : مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المالية (١)

المالية رأسا (ويؤيده) ماورد فيمن اقترض دراهم فاسقط رواجها السلطان وروج غيرها فان عليه الدراهم الأولى (١) .

وتوهم سقوطها بذلك عن المالية رأسا فاسد فان الدراهم المتعارفة في تلك الاعصار لم تكن من القرطاس وانما كانت من الذهب والفضة فكان لموادها مالية فلم يكن اسقاط السلطان لها موجبا لزوال ماليتها رأسا وانما كان موجبا لنقصانها في المالية .

(١) لوفرض سقوط المثل عن المالية حين الاداء كما في الدنانير الرائجة في عصرنا اذا اسقطها السلطان فهل ينتقل الضمان الى القيمة او يكتفى برد المثل الظاهر الانتقال الى القيمة فى الفرض لان مقتضى السيرة وحديث على اليد لزوم رد المال الماخوذ فاذا فرضنا سقوطه عن المالية لم يصدق على رده اداء المال الذي استولى عليه وقد مثل له المصنف (ره) بما اذا كان زوال المالية من جهة اختلاف الزمان كالثلج في الصيف والشتاء اوالمكان كالماء على النهر او في البر الذي لايوجد فيه الماء.

---

(١) في التهذيب ج ٢ ص ١٥٠ باب بيع الواحد بالاثنين وما يجوز منه وما لايجوز وفي الاستبصار ج٣ ص ١٠٠ طبع النجف عن محمد بن عيسى عن يونس قال كتبت الى ابي الحسن الرضا (ع) انه كان لي على رجل دراهم وان السلطان اسقط تلك الدراهم وجاء بدراهم أغلا من تلك الدراهم الاولى ولها اليوم وضيعة فاي شيء لي عليه التي اسقطها السلطان او الدرهم التى اجازها السلطان فكتب عليه السلام الدراهم الاولى .

ورواه في الوسائل ج٢ص ٦٠٧ باب١٩ في احكام الصرف طبع عين الدولة.

ورواه في الكافي على هامش مراة العقول ج ٣ ص ٤٣٠ اخرباب الصرف.

(المقرم الموسوي)

قوله ره : وهذا يقتضي اعتبار المثل حتى في القيميات (١)
قوله ره : لو لم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل (٢)

(١) اذا فرضنا في القيمي تمكن الضامن من ردمثله بان كان مالكا لما يساوي التالف من حيث الصفات اما خارجا واما في ذمة المضمون له فهل يجب على الضامن حينئذ دفع المثل في الاول ويحكم بالتهاتر في الثاني اويبقى التالف على قيمته فيجب اداء قيمته ؟

(الظاهر) هو الاول لما ذكرناه من ان مقتضى القاعدة وجوب رد الصفات النوعية الا اذا قام الدليل على عدم وجوبه وليس في البين اطلاق يقتضي عدم وجوب ردها في القيميات مطلقا حتى في مثل الفرض وان صرح برد القيمه في بعض اخبار الضمان فلابد من الاقتصار في ذلك على المتيقن وهو صورة عدم تمكن الضامن من رد المثل .

(٢) قد عرفت انتقال العين الى عهدة الضامن بمجرد استيلائه عليها بمالها من الخصوصيات الشخصية والنوعية فاذا امكن رد الخصوصيات الشخصية بان كانت العين باقية وجب واما اذا تلفت وامتنع ردها بنفسها وببدلها فلا محالة من رد الاوصاف النوعية برد المثل وهو الكلي المشتمل على تلك الصفات فاذا تعذر ذلك ايضا وجب رد القيمة المجردة .

(وعليه) اذا فرضنا أن المثل لا يوجد الا باكثر من ثمنه فله صورتان الاولى ان تكون الزيادة من جهة ارتفاع القيمة السوقية والثانية ان تكون الزيادة من جهة انحصار البايع بمن لايرضى ببيعه الا باكثر من قيمته عناداً اولغير ذلك وحينئذ ففي لحوقه باعواز المثل وصيرورته قيميا حكما في الصورتين او بقائه على مثليته كذلك او التفصيل بينهما بالالتزام بوجوب رد المثل في الاولى والقيمة في الثانية وجوه :

قوله ره : لو تعذر المثل في المثلي (١)

أما عدم وجوب رد المثل مطلقا فلانه ضرري يرفع بحديث لا ضرر .

وأما وجوب المثل مطلقا فوجهه إن الضامن هو الذي اقدم على ضرر نفسه باستيلائه على العين فلا يكون موردا لقاعدة نفي الضرر .

وأما التفصيل فالوجه تضرر الضامن في الصورة الاولى بردالمثل لانه لايدفع الى المالك الا ما اشتغلت به ذمته وتفاوت الامور الاعتبارية من زيادة المالية أو نقصانها لايكون ضرراً عليه وهذا نظير ما اذا كانت العين بنفسها باقية وارتفعت قيمتها السوقية فهل يتوهم انتقالها الى القيمة لكون ردها ضرريا وأما في الصورة الثانية فرد المثل مستلزم لتضرره باكثر مما ثبت في عهدته فيعمه القاعدة .

(وبعبارة اخرى) نفس الحكم بالضمان ضرري بطبعه فكلما لم يكن اداء المثل متوقفا الا على مقدار من الضرر يستدعيه طبع الضمان كما في الصورة الاولى لايرتفع وجوبه بحديث (لاضرر) واما اذا استلزم ضرراً زائداً على ماكان يقتضيه الضمان فيعمه دليل نفي الضمان كما في الصورة الثانية فينتقل الى القيمه .

(١) لابد في فرض اعواز المثل من التكلم في جهتين . :

(احداهما) من حيث الزام الضامن المالك بقبول القيمة .

(ثانيتهما) في ان المالك له ان يلزم الضامن بدفع القيمة ام لا .

اما الجهة الاولى فالظاهر ان الضامن ليس له حق الزام المالك بالقيمة بل للمالك ان يمتنع من قبولها وينتظر زوال العذر لان الاوصاف النوعية كما ذكرنا ثابتة في عهدته ولاتسقط في الفرض إلا برضى المالك .

أما الجهة الثانية فلا ينبغي الريب في ان المالك له الزام الضامن بدفع القيمة لان الاوصاف النوعية من حقوق المالك على الضامن وله رفع اليد عن حقه واسقاطه بقبول غيره بدلاً عنه كما ان المبيع اذا كان مشتملا علي اوصاف فللمشتري رفع

قوله ره: ان العبرة في قيمة المثل (١)
قوله ره: بما اذا طرأ تعذر المثل (٢)
قوله ره: ثم المراد باعواز المثل (٣)

اليد عنها ورضاه بالمبيع الفاقد لها والسيرة العقلائية تساعد ما ذكرناه فانهم يلزمون الضامن بدفع القيمة عند اعواز المثل اذا طالب بها المالك .

(١) الاقوال في المقام خمسة على ما ذكره العلامة في القواعد وهي مبتنية على انتقال المثلي او المثل او الجامع بينهما الى القيمة وهو غير صحيح بل العين بنفسها تنتقل الى العهدة وعليه يتعين قيمة يوم الدفع لبقاء العين في الذمة الى زمانه وفيه يحصل الفراغ عنها .

(وتوهم) تعين قيمة وقت المطالبة لانه زمان سقوط الاوصاف النوعية عن عهدة الضامن باسقاط المالك (فاسد) لان المطالبة بالقيمة ليست اسقاطا للاوصاف والا لزم عدم جواز المطالبة بالمثل اذا طالب بالقيمة وان لم يدفعها الضامن ثم تيسر له المثل بل لايبعد عدم قابلية الاوصاف للاسقاط فتامل فالمتحقق في المقام رضاء المالك بغير الجنس عن الجنس ولا يتحقق ذلك الا بالدفع خارجا فيكون الميزان بالقيمة يوم الدفع لاغير .

(٢) قد ذكرنا غير مرة ان العين بمجرد الاستيلاء عليها تنتقل من الخارج الى عهدة الضامن ومن وعاء التكوين الى وعاء الاعتبار من دون ان تنقلب الى المثل او القيمة ولا يفرق فى ذلك بين المثلي والقيمي كما لا يفرق في القيمي بين ما اذا كان تعذر المثل ابتدائيا او طارئا بعد التمكن منه سواء كان مستمراً دائما او كان مما يرجى زواله .

(٣) حكي المصنف (ره) عن التذكرة ان المراد باعواز المثل عدم وجوده في البلد وما حوله وزاد عليه في المسالك كونه مما ينتقل اليه عادة كما ذكروه في السلم

قوله ره : ثم ان في معرفة قيمة المثل (١)
قوله ره : ولو كان في غير بلد الضمان (٢)
قوله ره : خروجه عن القيمة (٣)

وعليـه اذا فرض وجوده في نواحي البلد ولكن لم يكن مما ينقل اليـه عادة لاينافي صدق الاعواز .

(ونقول) لم يرد الاعواز في دليل شرعي ليدعي انصرافه الى ذلك كما لم يرد تحديده به شرعا والقاعدة على ما ذكرناه تقتضي وجوب رد المثل الا اذا تعذر فيكون الميزان بالتعـذر الشخصي من غير فرق بين وجوده في البلد او نواحيـه وعدمه فانه ربما يكون المثل موجودا فيها ولا يتمكن الضامن من تحصيله وقد لا يوجد الا فى البلاد البعيدة ولكن يقدر الضامن على تحصيله بلامؤنة زائدة فالميزان بالتعذر الشخصي ويلحق به ما اذا استلزم تحصيله ضرراً زائداً على ما يقتضيه رد المثل في طبعه .

(١) قد تختلف بحسب اختلاف الازمنة كالفواكه في اول فصلها وفي وقت وفورها ولكن على مابيناه لااشكال في ذلك لان المعيار انماهو بقيمة يوم الدفع على جميع التقادير .

(٢) اذا فرض تعذر المثل في البلد ولكن من باب الصدفة والاتفاق اجتمع الضامن والمضمون له في بلد اخر وكان اداء المثل فيـه ميسورا وجب عليـه رده وان كانت قيمته فيه اكثر من قيمته في بلد القبض كما ان العين بشخصها لو كانت موجودة فيه وجب ردها اذا طلبها المالك هناك وان كانت قيمتها اكثر من قيمتها فى بلد القبض .

(٣) اذا تعـذر المثل من حيث الماليـة بان سقط عن الماليـة راساً كالثلج في الشتاء فليس رده مصداقا لقوله (ص) (حتى تؤدي) الظاهر في وجوب اداء

قوله ره: ثم تمكن من المثل (١)
قوله ره: لو كان التالف المبيع فاسدا قيمياً (٢)

المال الموافق للسيرة فلا محالة يكون في حكم تعذر الرد فيجب رد القيمة فتامل.

ثم الميزان في القيمة انما هو بادني القيم اعني قيمة الزمان المتصل بوقت سقوطه عن المالية الذى هو بمنزلة زمان تلف المثل وسقوط الأوصاف النوعية عن ذمته اذلا دليل على ضمانه بازيد من ذلك.

(١) فصل قدس الله سره في عود المثل المتعذر في ذمة الضامن اذا تمكن منه بعدما ادى القيمة الى المالك بين المباني اعني القول ببقاء المثل في الذمة بعد الاعواز او القول بانقلاب المثل قيمياً وبين القول بانقلاب المثل الى القيمة فذهب الى عدم العود على القولين الاولين واحتمل العود على القول الثالث بتخيل ان القيمة حينئذ بدل الحيلولة عن المثل فيعود المبدل عند انتفاء الحيلولة

(وما ذكره قده) من الغرائب فانه لو قام دليل على بدل الحيلولة لكان جريانها على القول الاول اولى لان المالك حينئذ يملك المثل على ذمة الضامن فعند التعذر له ان ياخذ البدل واما على القولين الاخرين فلا مجال لتوهم ذلك اصلا فان مايملكه المالك على عهدة الضامن ليس الا القيمة فلا معنى لكونها بدل الحيلولة.

(٢) قد استدل على ذلك بالاجماع والاخبار الواردة فى مواردة متفرقة الا انه ليس لها اطلاق يعم جميع الفروض كما ان السيرة العقلائية ايضا قائمة على عدم انتقال الاوصاف النوعية الى عهدة الضامن فيما اذا لم تكن قابلة للاداء فيختص ذلك بما اذا لم يكن اداء المثل ميسوراً للضامن ولو كان قيميا كالعبد والامة فاذا كان متمكنا من ذلك بان كان مالكا للمثل اتفاقا يجب عليه اداء المثل كما انه اذا كان مالكا له على ذمة المالك يحكم بسقوطه بالتهاتر القهري.

وذلك لما عرفت من ان مقتضى القاعدة انتقال العين التالفة الى ذمة الضامن

قوله ره اختلفوا في تعيين القيمة (١)

مطلقاً بما لها من الاوصاف النوعية الا اذا لم يكن متمكنا من دفعه (وعلى هذا) فالفرق بين المثلي المتعذر والقيمي انما هو من حيث ان الضامن ليس له في المثلي ان يلزم المالك بقبول القيمة بل له ان يصبر حتى يوجد المثل او يتمكن من ادائه واما في القيمي فللضامن الزامه بقبول القيمة لان ماانتقل الى عهدته انما هو العين بماليتها دون اوصافها النوعية فلا يضمن له غيرها .

تعيين القيمة

(١) قد عرفت انه ليس لدليل ضمان القيميات بالقيمة اطلاق فلابد من الاقتصار فيها على المتيقن وهو ما اذا لم يتمكن الضامن من اداء المثل فحينئذ ينتقل الى القيمة فيقع الكلام في تعيينها وهل ان الميزان بقيمة يوم القبض كما نسب الى الاكثر او بقيمة يوم التلف كما اختاره المصنف (ره) او بقيمة يوم الدفع وقد نسب الى جمع أو أعلا القيم من يوم القبض الى يوم التلف او الى يوم الدفع او من يوم التلف الى يوم الدفع وجوه .

أما القول بقيمة يوم القبض فهو مناف لما يقتضيه الضمان في طبعه اذ لاوجه لانتقال العين الى القيمة مع فرض بقائها خارجا فمجرد الاستيلاء على العين لايوجب الضمان بالقيمة ليكون الميزان بقيمة ذاك الوقت فهو على خلاف القاعدة والمدرك فيه منحصر (بصحيحة ابي ولاد) الواردة في الغصب (١) بعد البناء على ان

(١) روايه ابي ولاد بتمامها رواها الكليني في الكافى ج ١ ص ٤١٣ وعلى هامش مراة العقول ج٣ ص ٤٣٢ باب الرجل يكترى الدابة فيجاوز بها الحد كتاب الاجارة حديث٦ ورواها الشيخ الطوسي فى التهذيب ج٢ ص ١٧٦ كتاب الاجارة .

المقبوض بالعقد الفاسد بمنزلة المغصوب اجماعا كما ادعاه الحلي في (السرائر) او من جهة القطع بان المقبوض بالعقد الفاسد ليس اسوأ حالا من المغصوب فاذا لم تكن زيادة القيمة من زمان الغصب الى زمان التلف مضمونة فى المغصوب بمقتضى الصحيحة لاتكون مضمونة في المقبوض بالفاسد ايضا فيكون الميزان بقيمة يوم القبض زادت بعدذلك او نقصت وستتكلم فيها انشاء الله .

ـ وفي الاستبصار ج ٣ص ١٣٤ طبع النجف فى الاجارة في نفس الباب وعن الكافي والتهذيب ج ١٠ص ١٢٦ مجلد ٣ في الاجارة في نفس الباب ونصها قال ابو ولاد : اكتريت بغلا الى قصر ابن هبيرة ذاهبا وجائيا بكذا و كذا وخرجت فى طلب غريم لي فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت ان صاحبي توجه الى النيل فتوجهت نحو النيل فلما اتيت النيل خبرت انه توجه الى بغداد فابتعته وظفرت به وفرغت فيما بيني وبينه ورجعت الى الكوفة و كان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً واخبرت صاحب البغل بعذري واردت ان اتحلل منه مما صنعت وارضيه فبذلت له خمسة عشر درهما فابى ان يقبل فتراضينا بابي حنيفة فاخبرته بالقصة واخبره الرجل فقال لي ما صنعت بالبغل فقلت قد رجعته سليما قال نعم بعد خمسة عشر يوما قال ماتريد من الرجل قال اريد كراء بغلي فقد حبسه علي خمسة عشر يوما فقال اني ما أرى لك حقا لانه اكتراه الى قصر ابن هبيرة فخالف وركبه الى النيل والى بغداد فضمن قيمة البغل وسقط الكراء فلما رد البغل سليما وقبضته لم يلزمه قال فخرجنا من عنده وجعل صاحب البغل يسترجع فرحمته مما افتى به ابو حنيفة واعطيته شيئا وتحللت منه وحججت تلك السنة فاخبرت ابا عبد الله عليه السلام بما افتي به ابو حنيفة فقال في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها وتمنع الارض بركاتها قال فقلت لابى عبد الله عليه السلام فما ترى انت قال ارى له عليك مثل كراء البغل من الكوفة الى النيل ومثل كراء البغل من النيل الى بغداد ومثل كراء بغل من بغداد الى ـ

وأما القول بقيمة يوم الدفع فهو وان كان مقتضى القاعدة اعني بقاء المثل في الذمة وعدم سقوطه الا بالدفع الا انه مناف لما بنينا عليه من ان الضامن له الزام المالك بقبول القيمة فان لازمه عدم ثبوت شيء فى عهدة الضامن سوى القيمة (وعليه) فقيمة يوم التلف تكون هي المتعين لانه زمان انتقال العين الى القيمة فطبعا يكون الميزان بقيمة ذاك الوقت الا ان الصحيحة دلت على خلاف ماتقتضيه القاعدة فلابد من التكلم فيما اشتملت عليه .

(منها) : قوله (ع) بعد ما سأله الراوي وقال ارأيت لوعطب البغل اي هلك اونفق اي مات اليس كان يلزمنى (نعم قيمة بغل يوم خالفته) وهذه الجملة موردا لاستدلال في المقام والتمسك بها مبني على رجوع القيد وهو قوله (ع) (يوم

ـ الكوفة توفيه اياه قال فقلت له جعلت فداك فقد علفته بدراهم فلي عليه علفه قال لا لانك غاصب فقلت ارايت لو عطب البغل او نفق اليس كان يلزمني قال نعم قيمة بغل يوم خالفته قلت فان اصاب البغل كسر او دبر او عقر قال عليك قيمة مابين الصحة والعيب يوم ترده عليه قلت فمن يعرف ذلك قال انت وهو اما ان يحلف هو على القيمة ويلزمك فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه او يأتي صاحب البغل بشود يشهدون ان قيمة البغل يوم اكترى كذا وكذا فيلزمك قلت اني اعطيته دراهم ورضي بها وحللني قال انما رضي واحلك حين قضى عليه ابو حنيفة بالظلم والجور ولكن ارجع اليه واخبره بما افتيتك به فان جعلك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك .

قال ابو ولاد فلما انصرفت من وجهي ذلك لقيت المكاري فاخبرته بماافتاني به ابو عبد الله عليه السلام وقلت له قل ما شئت حتى اعطيكه فقال حببت الي جعفر بن محمد عليه السلام ووقع في قلبي له التفضيل وانت في حل وان اردت ان ارد عليك الذي اخذت منك فعلت . (عبد الرزاق الموسوي المقرم)

خالفته) الى القيمة اما باضافة القيمة الى البغل والبغل الى اليوم بنحو تتابع الاضافات كقولك عباد غلام زيد وقول الشاعر (وليس قرب قبر حرب قبر) او باضافة القيمة الى البغل واليوم معا او اضافة المتحصل من المضاف والمضاف اليه اعنى قيمة البغل الى اليوم واما بان يكون اليوم ظرفا للقيمة من دون اضافة شيء اليه .

اما تتابع الاضافات فغير صحيح في المقام لان البغل من الذوات وهي غير قابلة للتقييد بالزمان واما اضافة القيمة الى كلا الامرين فهو غير معهود بل لايبعد كونها مستحيلة .

وأما اضافة المجموع المتحصل من المضاف والمضاف اليه فهو مما لابأس به فتكون الحصة الخاصة من القيمة وهي قيمة البغل مضافة الى يوم المخالفة فيكون المعنى ضمان قيمة البغل في يوم المخالفة ونظير هذا كثير في الاستعمالات العرفية فيقال ماء رمان زيد مع عدم وجود رمان له اصلا وانما اشترى ماء الرمان ابتداء ويقال بيض دجاج زيد مع عدم وجود دجاجة له اصلا .

وأما كون اليوم ظرفا للقيمة فهو ايضا ممكن لان القيمة بمعنى ما يتقوم به وهو معنى حدثي قابل لان يقيد بالزمان ولكن يحتمل رجوع القيد اعني يوم خالفته الى قوله (ع) (نعم) الذي بمعنى يلزمك وعليه يكون اجنبيا عن تعين القيمة فتكون الصحيحة مجملة الا انه يمكن تبعيد الاحتمال الثاني بوجهين (احدهما) ما يستفاد من كلام المصنف (ره) وهو ان ذكر القيد يكون لغواً لايترتب عليه اي فائدة لان المعنى حينئذ انه يلزمك قيمة البغل والضمان يوم المخالفة وهذا كان امراً واضحا ولم يكن هو المسؤل عنه فلا وجه لذكره .

(ثانيهما) ان لازم رجوع القيد اليه انتقال العين الى القيمة قبل تلفها لان السائل فرض المخالفة مع بقاء العين وقدحكم عليه السلام بضمان قيمة البغل ولم يقل بهاحد فتعين الاحتمال الاول وهو رجوع القيد الى القيمة باحد الوجهين المتقدمين.

قوله ره : او ياتي صاحب البغل (١)

قوله ره : عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده (٢)

(١) قد يتوهم منافاة الجمل المذكورة في ذيل الصحيحة لما استظهرناه من صدرها وهو رجوع القيد الى القيمة وتعين قيمة يوم القبض (منهـا هذه الجملة) حيث امر فيها بتعيين الشهود لقيمة البغل حين اكترى ولاوجه له اذا كان الميزان يوم الغصب (والجواب عنه) ان ضمان قيمة يوم الاكتراء من حيث كونه يوم الاكتراء واضح الفساد اذلا وجه له لعدم كون البغل مغصوبا حينئذ فلا بد وان يكون ذكره لنكتة لا لخصوصيتة عرفنـاها اولم نعرفها فلا يجوز ان يجعل منافيـا لتعيين قيمة يوم المخالفة في الجملة الاولى .

ولايبعد ان يكون السر في ذلك اتحاد يوم الاكتراء مع يوم المخالفة في مورد السؤال فان المتعـارف في الاسفار القريبـة اكتراء الدابة فى وقت الحركة او قبلـه بساعات لاتوجب اختلافا فى القيمـة وقد فرض السائل مخالفتـه عنـد وصوله الى (قصر ابن هبيرة) بعد ان اخبر بخروج غريمه الى (النيل) فلم يكن فصل بين وقت الاكتراء وزمان الغصب يعتد به .

(٢) هذه الجملـة الثانيـة المتوهم منافاتهـا لمـا استظهرناه بتخيل ان الظاهر رجوع القيد اعني (يوم ترده) الى القيمة فيستفاد منه كون العبرة بيوم الرد في قيمة مابين الصحيح والمعيب ولافرق من هذه الجهة بين تلف العين وصفاتها (والجواب عنه) بوجوه (الاول) ان هذه الجملة منقولة فى التهذيب على ماحكاه في (الجواهر) بدون لفظ يوم ونصها هذا (قيمة مابين الصحة والعيب ترده) فيكون ترده وصفا سواء قدر كلمة ان اولا (الثاني) ما يستفاد من كلام المصنف (ره) من كون الميزان في تعيين الارش قيمة يوم الدفع مخالف للاجماع وقد طالبه السيد والمحقق النائيني بمدرك ما ادعاه من الاجماع (ونقول) الاتفاق ولولم يكن متحققاً الا ان

قوله ره : فان العبرة لو كانت بخصوص (١)

مخالفته للقواعد واضح (الثالث) ان قاعدة الاقرب يمنع الا بعد تقتضي رجوع القيد الى العيب دون القيمة فالمعنى حينئذ وجوب رد قيمة العيب الموجود حين الرد دون ما زال وارتفع وان لم يكن موجودا سابقا ووجد حين الرد وهذا هو مقتضى (على اليد) الموافق لسيرة العقلاء فان الصفات التي تتفاوت بها الرغبات انما تكون مضمونة مالم ترد والا فالغاية وهي قوله ـ ع ـ (حتى تؤدي) حاصلة فلا وجه لما ذكره المصنف (ره) من كونه مخالفا للفتوى .

(١) الجملة الثالثة من الصحيحة التي توهم منافاتها لما قدمنا قوله ـ ع ـ (اما ان يحلف) فانه ظاهر في ثبوت جميع الحقوق من الحلف والرد والبينة للمالك وهو مخالف لقاعدة البينة على المدعي واليمين على من انكر فالتجاء المصنف (ره) الى حمل توجه اليمين الى المالك في صورة اختلافهما فى اصل قيمة البغل وتوجه الحلف اليه على ما اذا اتفقا على اصل القيمة واختلفا في نقصان القيمة او زيادتها وعدمه وجعل ذلك مبنيا على كون الاعتبار في القيمة بيوم التلف .

ثم ذكر (قدس) لفرض توجه الحلف الى المالك صورتان (احداهما) ما اذا اتفقا على قيمة البغل قبل يوم الغصب ثم ادعى الضامن نقصانها وانكره المالك فان الاصل يوافقه فيتوجه اليه اليمين (ثانيتهما) ما اذا اتفقا على القيمة الفعلية ولكن الضامن ادعي زيادة القيمة بعد التلف وانكرها المالك فان الاصل ايضاً يوافقه فيتوجه اليه الحلف .

(ونقول) ماذكره فى الثانية غير صحيح اذليس هناك اصل يوافق قول المالك الا الاستصحاب القهقري الذي لانقول به الا فى باب الالفاظ بل الامر بعكس ماذكره لان المالك فى مركز النزاع يدعي زيادة القيمة الموجبة لضمان الغاصب لها وينكرها الضامن فقوله هو الموافق للاصل نعم ما افاده في الصورة الاولى متين

ولكن الحمل على الصورتين خلاف الظاهر فان كلمة (اما) ولفظ (أو) في قوله اما ان يحلف او يأتي صاحب البغل بشهود ظاهرين في التخيير دون التقدير وان المالك مخير بين الامور الثلاثة نعم اذا وصلت النوبة الى ذلك فيمكن تصوير كلا الوجهين مع اعتبار يوم الغصب ايضاً كما هو ظاهر الا انه لامناص من الاخذ بظاهره فيكون مخصصا لقوله (ع) البينة على المدعي واليمين على من انكر فانه لم يكن من الاحكام العقلية الغير قابلة للتخصيص ولا من الاحكام الفرعية التي لم يرد عليها تخصيص فلقد خصص في موارد كثيره ذكرت في (الشرايع) وغيرها يسمع فيها قول الرجل أو المرأة مع الحلف ويلحق بها مورد الغصب ويكون جميع الحقوق فيه مجعولة للمالك دون الغاصب على ماهو مقتضى القاعدة في الجمع بين العام والخاص اذ لم يسمع الى الان رفع اليد عن ظهور الخاص تحفظا على عموم العام بل يتحفظ على ظهور الخاص ويجعل مخصصا للعام وهذه احدى الجهات التي يقال فيها الغاصب يؤخذ باشق الاحوال وقد اختار ذلك الشيخ الطوسي في كتاب الاجارة على ما حكاه عنه المصنف (ره) .

واذا وصلت النوبة الى الحمل على الصورتين فيمكن تصويرهما مع كون الاعتبار بقيمة يوم الغصب كماهو واضح واما حمل الحلف واقامة الشهود على ماهو المتعارف بين الناس في رفع اختلافاتهم فيوجب ذلك اطمئنان الطرف فهو مخالف لظاهر قوله (ع) (فيلزمك) الظاهر في اللزوم اولالزام الشرعي الذي لايترتب الا على حجة شرعية (مضافا) الى ان حلف المالك الذي هو رجل مكاري يحلف على اقل من قيمة البغل او الضامن الفاسق الغاصب لا يفيد الاطمئنان .

(فظهر) انه ليس شيء في الجمل المذكورة في ذيل الصحيحة منافيا لما استظهرناه من الجملة الاولى الظاهرة بحسب الدلالة في كون العبرة بيوم الغصب كما انها صحيحة بحسب السند .

قوله ره : واضعف من ذلك (١)

قوله ره : بان العين مضمونة (٢)

---

(١) استدل على وجوب دفع اعلا القيم من يوم الغصب الى يوم التلف بالصحيحة المتقدمة والظاهر عدم كونها ظاهرة فيه وقد يوجه الاستدلال بان المراد من يوم التخلف طبيعي المخالفة المنطبق على جميع ايامها وبما ان الجمع في الاداء بين القيم غير لازم فلا محالة من اندراج القيم السافلة تحت القيمة العالية فيتعين دفعها .

(ولكن يرده) امران الاول ان قوله ـ ع ـ (يوم خالفته) ظاهر في صرف وجود يوم المخالفة المنطبق على اول ايامها ولذا لو تعلق حكم تكليفي بيوم المخالفة لايستظهر منه عرفا الا اول الايام (الثاني) ان ما ذكره الامام (ع) في ذيل الصحيحة من ان صاحب البغل يأتي بشهود يشهدون ان قيمة البغل يوم اكترى كانت كذا وكذا صريح فى عدم الاعتبار باعلا القيم لانه يوم خاص معين وقد ذكرنا اتحاده في مفروض السؤال مع يوم المخالفة فيكون الميزان بها لا به ثم انه قد استدل على اعتبار اعلا القيم بوجوه مذكورة في المتن كلها فاسدة لاباس بذكرها والتعرض لما يرد عليها .

(٢) هذا احد الوجوه وتقريبه ان العين كانت مضمونة على الغاصب فى زمان ارتفاع قيمتها فيجب عليه الخروج عن العهدة بدفع اعلا القيم (وفيه) ان اريد بضمانها عند ارتفاع القيمة انها لو تلفت في ذلك الوقت لزم تداركها باعلا القيم فهو مسلم على تقدير كون الاعتبار بيوم التلف (لكنه غير نافع) فى المقام لفرض عدم التلف حينئذ (وان اريد) بهوجوب التدارك باعلا القيم بمجرد ارتفاع القيمة وان لم تتلف العين وردت الى مالكها (فهو واضح الفساد) لعدم القول به (وان اريد به) وجوب تداركها بأعلا القيمة مشروطا بما اذا تلفت العين ولو بعد نزول قيمتها فهو مصادرة لانه عين المدعي .

قوله ره : من قاعدة نفي الضرر (١)
قوله ره : لاشتغال ذمته بحق المالك (٢)
قوله ره : باستصحاب الضمان (٣)

---

(١) هذا هو الوجه الثاني وتقريبه ان منع المغصوب منه عن التصرف في ماله حين ارتفاع قيمته كان ضررا عليه لانه لولم يمنع عن ماله لتمكن من بيعه باعلا القيم فيكون ضرره مستندا الى الغاصب فيجب عليه تداركه لحديث نفي الضرر (وفيه) ان لاضرر انما يجري فيما اذا توجه نقص في النفس او العرض او المال واما النقص في المالية فليس ضرراً عرفا ليكون موردا لدليل نفي الضرر ولذا لايجري فيما اذا استورد تاجر اموالا نقص بها اموال تاجر آخر فلا يكون ضامنا لذلك (ويشهد له بداهة) عدم ضمان زيادة المالية فيما اذا بقيت العين المغصوبة الى أن اديت الى مالكها بعد نزول قيمتها .

(٢) هذا هو الوجه الثالث وحاصله ان اشتغال ذمة الضامن بمال المالك يقيني ولا يحصل الفراغ عنه الا باداء اعلا القيم (وفيه) عدم كون المورد من موارد الاشتغال فانه ان قلنا بانتقال العين الى الذمة حتى في القيميات كما في المثليات لزم كون العبرة بقيمة يوم الدفع وان قلنا بانقلابها الى القيمة بمعنى انتقال العين بقيمتها الى العهدة للاجماع اولبعض الاخبار فلم يثبت الاشتغال اليقيني الابالاضافة الى القدر المتيقن ويكون اشتغال الذمة بالزائد مشكوكا فيه فيدفع بالبرائة .

(٣) هذا هو الوجه الرابع وحاصله الاستدلال باستصحاب الضمان الثابت بحديث (على اليد) (وفيه) ان الضمان بالمقدار الزائد من القيمة ليست له حالة سابقة ليستصحب فلم يبق فى البين الا الوجه الخامس الذي ركن المصنف (ره) اليه وحاصله ان الضمان يتحقق باحد امرين من الاتلاف والحيلولة بين المال ومالكه وفي المقام وان لم يتحقق الاتلاف من الغاصب حين ارتفاع قيمة العين ووصولها الى اعلا القيم ولكن تحقق ماهو بحكم الاتلاف من حيث السببية للضمان كما ان الحيلولة

قوله ره : ثم انه حكى عن المفيد والقاضي (١)
قوله ره : ثم انه لاعبرة بزيادة القيمة بعد التلف (٢)

كانت ثابتة في ساير اوقات الغصب ايضاً الا ان القيم النازلة تندرج تحت القيمة الأعلا فيجب ردها .

(وفيه) اولا ان الحيلولة غير مسلمة ولا دليل على انتقال العين الى القيمة بالحيلولة وثانيا على تقدير تسليمها انمايكون ذلك عندمطالبة المالك بالقيمة لا مطلقا وثالثا ان قاعدة الحيلولة اذا كانت ثابتة فهي انما تكون في فرض تعذر تسليم العين على الغاصب ولم يفرض فى المقام تعذر الدفع على الغاصب ولا المطالبة بالقيمة من المالك فلم يتم شيء من هذه الوجوه .

ثم لوفرض تمامية بعضهاتكون معارضة للصحيحة على مااستظهرناه منها من كونه الاعتبار بقيمة يوم الغصب اللهم الا ان يفرض اجمالها من تلك الجهة او ظهورها في اعلا القيم .

(١) ذهبوا الى ان الضمان بقيمة يوم البيع في المقبوض بالبيع بحكم المشترى فانه فاسد من جهة الغرر ولا وجه لذلك كما ذكره المصنف (ره) على جميع المباني سواء اعتبرنا يوم القبض او يوم التلف أو يوم الدفع أو اعلا القيم اذ لاخصوصية لفساد البيع من جهة تفويض الثمن الى حكم المشتري ولعلهم ارادوا قيمة يوم القبض وانما عبروا عنه بيوم البيع لاتحاده معه غالباً كما عبر في الصحيحة عن يوم الغصب بيوم الاكتراء فكأنهم تبعوها فى التعبير .

(٢) هذا واضح الا على القول بانتقال العين بخصوصياتها النوعية الى العهدة حتى في القيميات فانه حينئذ يكون لتوهم ذلك مجال لكنك عرفت مخالفته للنص وان كان موافق للقاعدة .

قوله ره : واما اذا كان بسبب الامكنة (١)
قوله ره : حاصلا من زيادة العين (٢)

(١) لا اشكال في اختلاف القيمة باختلاف الامكنة غالبا كاختلافها بحسب اختلاف الازمنة ومن ثم وقع الكلام فى ان الاعتبار بمكان القبض او التلف او غير ذلك وبما ان المصنف (ره) اختار يوم التلف عند اختلاف القيمة من حيث الزمان ذهب فى المقام الى ان العبرة بمكان التلف (ولكن الصحيح) ان العبرة بمكان القبض ويدل عليه سكوت الامام (ع) في الصحيحة المتقدمة فان تعيين سائر الامكنة يحتاج الى مؤنة زائدة فاذا لم يبين تعين مكان التخلف وزمانه معا (ويؤكده) قوله عليه السلام في ذيل الصحيحة (اويأتي بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكتري كذا وكذا) فانه بحسب المتعارف يؤتي بالشهود من بلد الاكتراء لامن غيره ممن لم يشاهد البغل كما ان الشهود بحسب الطبع يعينون قيمة بلدهم لا البلاد النائية .

(٢) لا اشكال فى ضمان الزيادات العينية لدخولها تحت اليد كنفس العين ووقت استقرار ضمانها هو زمان حدوثها وانما الكلام في تعيين قيمة تلك الزيادات الفائتة هل هو بيوم ضمانها اويوم فواتها او باعلا القيم اوبغير ذلك (والظاهر) كون العبرة قيمتها يوم قبض العين فيقوم العين واجدة لتلك الصفة يوم الاستيلاء عليها (وذلك) ان الصفات لاتقابل بالمال عرفا ويظهر ذلك من بعض كلام المحقق النائيني (قده) ولذا لم يكن بيع نقش الفرش اوصفة العباءة بيعا عرفيا ولايحصل به الشركة بين البايع والمشتري بان تكون المادة ملكا لاحدهما والهيئة ملكا للاخر بل الصفة دائما توجب زيادة مالية العين (وعليه) لامعنى لتقويم الصفة مستقلا وقت حدوثها فانها كما عرفت تابعة للعين موجبة لزيادة ماليتها فتتبعها في التقويم ايضا فتقوم العين كما ذكرنا واجدة لتلك الصفة بقيمة يوم قبض العين وان كان حدوث الضمان بالاضافة الى المالية الزائدة بسبب تلك الصفة انما هو وقت حدوث الصفة هذا كله

قوله ره : حكم تعذر الوصول (١)

في فروع الضمان فى القيميات .

بدل الحيلولة

(١) لو لم تكن العين تالفة ولا في حكم التالفة ولكن تعذر الوصول اليها فالمعروف ضمان الغاصب ومن بحكمه لبدل الحيلولة واستدل عليه بامور :(الاول) قاعدة لاضرر فان الحيلولة بين المالك وماله ضرر عليه فلابد من تداركه بضمان بدل الحيلولة (وفيه) اولا ان الاستدلال بها مبني على كونها شاملة للحكم الذي ينشأ منه الضرر وعدم اختصاصها بالموضوع الضرري كالوضوء او الغسل الناشيء منه الضرر والضرر في المقام انما ينشأ من عدم جعل الضمان وليس له موضوع ضرري (وثانيا) ان جعل الحكم لترتب الضرر على عدمه وان كان ممكنا ثبوتا الا ان دليل لاضرر اثباتا ظاهر في نفي الحكم المجعول اذا استلزم الضرر فلا يكون مثبتا للحكم اذا ترتب الضرر على عدمه كما في المقام فان المدعى اثبات الضمان لكون عدمه ضررا على المالك (وثالثا) بين حديث لاضرر وبين ما التزموا به من بدل الحيلولة عموم من وجه فانه قد يتضرر المالك اذا حيل بينه وبين ماله في مدة قصيرة كيوم او اقل منه ولم يلتزموا فيه ببدل الحيلولة وقد ينعكس الامر فقد لايتضرر المالك بالحيلولة بينه وبين ماله في مدة طويلة من جهة عدم الحاجة اليه مع التزامهم فيه بها فكيف يمكن ان يكون هو المدرك لها (وبالجملة) لو كان المدرك لبدل الحيلولة قاعدة لا ضرر لزم ان لايفرق في ثبوتها بين كون زمان التعذر طويلا او قصيرا .

(ورابعا) انلازم التمسك بلا ضرر لثبوت بدل الحيلولة حتى فيما اذاكانت الحيلولة بتبعيد المالك عن ماله وحبسه في مكان يتعذر الوصول اليه الى مدة طويلة

فانه يتضرر بذلك كما في عكسه ولم يلتزم احدبه (وخامسا) بعد الاغماض عن جميع ما تقدم تقع المعارضة بين تضرر المالك وتضرر الضامن فانه كما يتضرر المالك من عدم جعل ضمان بدل الحيلولة يتضرر الضامن من جعله فان اللازم عليه رد نفس ما اخذه واستولى عليه ولم يكن فيه ضرر عليه واما ضمانه لامر اخر من المثل او القيمة زائداً على لزوم ردالعين فهو ضرر عليه فلايعم قاعدة نفي الضرر شيئا منهما .

(الثاني من الامور) التي استدل بها لبدل الحيلولة النبوي الضعيف السند الناس مسلطون على اموالهم فان مقتضى السلطنة على المال جواز المطالبة بمثله او قيمته عند تعذر اداء نفسه (وفيه) مضافا الى ضعف السند ان لازم التمسك به ان لايفرق في ثبوت بدل الحيلولة بين طول زمان التعذر وقصره .

(وحل المطلب) ان غاية مفاد النبوي جواز تصرف المالك في ماله خارجا او اعتباراً وضعا وتكليفا ومن مصاديقه مطالبة الضامن بعين ماله واما المطالبة بما هو مغاير لماله من البدل فهي اجنبية عن النبوي راسا .

(الثالث من الامور) قوله (ع) من اتلف مال غيره فهو له ضامن والغاصب ومن بحكمه بحيلولته بين المالك وماله فوت سلطنته عليه فيكون ضامنا لها (وفيه) (ان اريد) منها السلطنة الشرعية اعني جواز التصرفات الخارجية والاعتبارية فان المالك لا يجوز له بيع ماله ولا ايجاره مع تعذر تسليمه والوصول اليه فلا اشكال في كونها حكما شرعيا ليس اعدامه موجبا للضمان ولا يعمه دليل اتلاف مال الغير فانه ليس بمال .

(وان اريد) بها السلطنة الخارجية اعني الانتقال بالمال فهي وان كانت من الاموال والغاصب فوتها عليه فيما اذا كانت العين قابلة لان ينتفع بها مع بقائها في ملكه كالدار والفرس ولم يكن مما يتوقف الانتفاع به على اعدامه كالخبز فيكون ضامنا لتلك المنافع الا انه لا ربط لها بضمان بدل الحيلولة كما هو واضح على انه

لا يفرق حينئذ في ثبوت بدل الحيلولة بين الزمان القصير والطويل ولا بين ايجاد المانع في المال او فى المالك ولا بين اليأس عن الوصول اليه والعلم به .

(الرابع من الامور) قاعدة على اليد فانها تقتضي لزوم اداء الماخوذ بماله من الخصوصيات الشخصية فاذا تعذر رد العين وجب رد مثلها او قيمتها وهذا معنى بدل الحيلولة (وفيه) اولاً ان الاستدلال بها انما يتم فيما اذا كان الرد مصداقا لاداء ما اخذه ولا يتم على ماسلكه المصنف (ره) في الجواب عن المحقق والشهيد الثانيين في ايرادهما على فتوى المشهور بوجوب دفع العين الى المالك اذا ارتفع التعذر لبقاء الخصوصيات الشخصية في ملكه وليس للضامن بعد رد العين استرجاع بدل الحيلولة لدخولها فى ملك المالك وحاصل ايرادهما ان ذلك مستلزم للجمع بين البدل والمبدل والعوض والمعوض (واجاب) المصنف عنه بان بدل الحيلولة غرامة وليست بدلا عن العين (فانه عليه) لايكون دفعها اداء لما استولى عليه ولا لما في حكمه من رد المثل او القيمة (وبعبارة اخرى) ان كان بدل الحيلولة مصداقا لرد العين يتوجه الاشكال المتقدم وان كان غرامة كما صرح به المصنف (ره) فالاستدلال حينئذ غير تام .

(ثانيا) لازم الاستدلال باليد عدم الفرق فى بدل الحيلولة بين قصر الزمان المتعذر وطوله ولا بين الياس عن زواله والعلم به كما في اللوح المثبت في السفينة اذا لزم من نزعه تلف نفس اومال من غير الغاصب والمشهور لم يلتزموا بها في مثل ذلك .

(ثالثا) ان على اليد ظاهر في الحكم الوضعي وان هو استولى على مال الغير فهو ضامن له بمعنى ان عينه ان كانت موجودة فيجب ردها وان كانت تالفة وجب تداركها باداء المثل او القيمة واما دفع بدل الحيلولة مع فرض بقاء العين فلا يستفاد منه .

قوله ره : ويؤيده ان فيه جمعا بين الحقين (١)
قوله ره : لو كان زمان التعذر قصيراً (٢)
قوله ره : ليس كثبوتها مع تلفها (٣)

(١) ثبوت حق المطالبة بالبدل للمالك مع بقاء العين اول الكلام وقد ظهر من جميع ما تقدم عدم الدليل عليه فان تم هناك اجماع تعبدي على ضمان بدل الحيلولة يعمل به في مورده والا فلا (نعم) المنافع التي فوتت على المالك تكون مضمونة ويجب على الضامن رد اجرتها ولكنها اجنبية عن بدل الحيلولة واما نفس العين فضمانها بالبدل يدور مدار تلفها حقيقة او حكما بتعذرها مع اليأس عن الوصول اليها ثم بعد البناء على ثبوب بدل الحيلولة لابد من الكلام في فروع سيتضح كلها .

فروع على بدل الحيلولة

(٢) هذا أول الفروع وهنا يقال هل يختص بدل الحيلولة بصورة عدم تمكن الضامن من ايصال المال الى مالكه رأساً ويأسه عنه او يجري فى فرض تمكنه منه اذا كان الايصال متوقفا على مدة طويلة يتضرر بها المالك وجهان ويختلف ذلك باختلاف المباني فان المستند لبدل الحيلولة ان كان هو الاجماع فلا بد من الاقتصار على المتيقن وهو فرض التعذر رأسا وان كان هو الاخبار كحديث لاضرر او من اتلف مال الغير اوعلى اليد فاطلاقها يقتضي ثبوت الضمان في الصورتين لصدق عنوان الضرر واتلاف السلطنة واليد في كلتيهما .

(٣) هذا هو الفرع الثاني وحاصله ان بدل الحيلولة هل هوحق للمالك فقط او للضامن ايضا بحيث يكون له الزام المالك بقبوله كما في التلف الحقيقي الظاهر هو الاول والفرق بين التلف والتعذر انه عند تلف العين تسقط الخصوصيات عن عهدة الضامن قهرا بالتلف فلا يبقى فى ذمته الا الطبيعي اعني المثل او القيمة فيكون

قوله ره : ثم ان المال المبذول يملكه (١)

للضامن حق الزام المالك بقبول ذلك لانه عين ما يملكه في عهدته بالفعل واما في صورة التعذر فالخصوصيات غيرساقطة وذمة الضامن مشغولة بهاغاية الامر للمالك اسقاطها والاغماض عنها والرضا بالطبيعي او القيمة فيكون ملزما بدفعها واما الضامن فلا حق له في الزام المالك باسقاط حقه .

(١) هذا هو الفرع الثالث وحاصله أن مايأخذه المالك من بدل الحيلولة هل يملكه المالك او يباح له التصرف فيه فقط ؟ الظاهر اختلاف ذلك باختلاف المباني فان المدرك ان كان حديث لاضرر فلا يستفاد منه دخول البدل في ملك المالك لان مقتضاه تدارك ماتضرر به المالك منجهة الحيلولة والمفروض انه لميتضرر من جهة زوال الملكية لان ملكيته على عين ماله باقية مالم تتلف العين وله ان يتصرف فيه بما ليس التعذر مانعا عنه كالعتق وانما تضرر من جهة عدم تمكنه من التصرف في ماله ويتدارك هذا باباحة التصرف فى البدل وبه ينجبر ضرره (نعم) اذا تصرف فى البدل بما يتوقف على الملك مما منع عنه فى ماله من جهة الحيلولة نلتزم بالملكية آناما كما فى المعاطاة .

وهكذا الحال ان تمسكنا بحديث من اتلف فان التالف ليست الملكية لتكون مضمونة وانما هي قدرته على التصرف في ماله خارجا فيجب ردها في البدل (واما ما ذكره المحقق النائيني) « قده » من ان الضامن اتلف مالية العين فلم نتعقل له معنى محصلا .

واما ان كان المدرك قاعدة على اليد فمقتضاة كون البدل اداء لنفس العين المأخوذة ليعمه قوله ـ ع ـ (حتى تؤدي) ولايكون ذلك الا باغماض المالك عن خصوصيات ماله وحينئذ يكون البدل عين ماله فيملكه لا محالة وهكذا الحال في التلف فان الخصوصيات تسقط عن عهدة الضامن بتلف العين فيبقى الطبيعي فاذا

اداه فقد ادى عين ماله .

ومن هنا يتضح الحال في (الفرع الرابع) وهو دخول العين فى ملك الضامن بعد ما ادى بدلها من المثل او القيمة فان مالكية المالك لكل من العين والبدل وان كان امراً ممكناً ثبوتاً بان يجعل البدل غرامة عن السلطنة التي فوتها على المالك وحال بينها وبينه كما ذهب اليه المصنف (ره) فلا يلزم منه الجمع بين البدل والمبدل الا انه فى مقام الاثبات لا دليل على ضمان السلطنة سواء كانت شرعية او خارجية لانحصار الدليل على الفرض بحديث (على اليد) ومفاده ضمان نفس العين الماخوذة ووجوب ادائها وهذا اجنبي عن ضمان السلطنة .

والظاهر التفات المحقق والشهيد الثانيين الى هذا الاحتمال وانما اعرضا عنه لعدم الدليل فلا بد وان يكون المبذول بدلاً عن نفس العين في فرض تلف العين يتحقق معاوضة قهرية بعد حكم الشارع بوجوب البدل فينتقل البدل الى المالك بدخول العين التالفة في ملك الضامن بقاءً بنحو الكشف الحكمي فيما اذا ترتب اثر على اعتباره مالكا لها بقاءً كما في مسألة تعاقب الايادي .

وبهذا يندفع الاشكال المعروف فيها وحاصله ان المالك له الرجوع الى كل من الايادي فاذا رجع الى اللاحق ليس له الرجوع الى سابقه ولكن له الرجوع الى الايادي اللاحقة وقداشكل سّر ذلك على كثير من الاعلام وعلى مابنينا عليه يتضح وجهه فان من رجع اليه المالك وادى الغرامة يعتبر مالكا للعين بقاءً فله الرجوع الى الايادي اللاحقة بمقتضى قوله ـ ع ـ (على اليد) لدخول ملكه بقاء تحت استيلائها واما بالاضافة الى الايادي السابقة فليس له الرجوع لتحقق الغاية بالاضافة اليها وهي الاداء والمصنف (ره) تعرض للاشكال فى بيع الفضولي ووجهه بما لايخلو عن مناقشة كما ستعرف .

هذا فى التلف الحقيقي (وأما التلف الحكمي) اعني اليأس من الوصول الى

العين مع بقائها كما فى الحيوان الشارد او المال المسروق اوالملقى في البحر مثلا فيلحقه حكم التلف الحقيقي ومن هذا القبيل الوضوء بالماء المغصوب فان الرطوبات الباقية بحكم التالف فيصح المسح بها بعد اداء قيمة الماء .

(وأما مع فرض التعذر) فان تمسكنا لوجوب دفع بدل الحيلولة بحديث لاضرر او بحديث من اتلف وبنينا على ان البدل غرامة فدخولها في ملك المالك لايقتضى دخول العين في ملك الضامن وأما اذا تمسكنا فيه بقاعدة على اليد وقلنا ان المبذول يكون عين ماالخذه الضامن واستولى عليه بعد اغماض المالك عن خصوصيات ماله فيجب على الضامن رده اليه فلامحالة يتحقق هناك ايضا معاوضة قهرية بعد حكم الشارع بالزام الضامن بدفع البدل فيدخل في ملكه (ويؤكد) ماذكرناه السيرة العقلائية في جميع موارد اداء الغرامة فان العقلاء يرون التالف راجعا الى من دفع الغرامة لا الى مالكه الاصلي (ويؤيده ايضاً) ما ربما يظهر من النص من دخول الحيوان (الموطوء الذي يراد ظهره) في ملك الواطي بعد ادائه لثمنه .

(ويتفرع على هذا) فروع في الفقه منها جواز المسح ببلة الوضوء فيما اذا توضأ احد بماء الغير جهلا ثم عرف ذلك فادى قيمته (ثم انه ظهر) بما ذكرناه التهافت بين القول بدخول البدل في ملك المالك وعدم دخول العين فى ملك الضامن .

ثم لا يخفى ان جواز استرداد المالك للعين بعد زوال التعذر مبني على كون الملك الثابت في المقام ملكية جائزة اولازمة وقد عرفت فيما سبق ان مقتضى عموم قوله (تعالى) لا تأكلو اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض هو اللزوم وعدم امكان الاسترجاع فيما نحن فيه واما تمسك المصنف (ره) لذلك بقوله عليه السلام الناس مسلطون على اموالهم فغير صحيح فان الحكم لا يثبت موضوعه على ماتقدم فلا نعيد .

قوله ره : فلا يضمن ارتفاع قيمة العين الخ (١)
قوله ره : ولا يخفى ان العين الخ (٢)

---

(١) أما بناء على انتقال العين الى القيمة من يوم القبض وثبوتها في عهدة الضامن لصحيحة ابي ولاد فلاريب فى عدم ضمان الغاصب لزيادة القيمة ولا لنماء العين وهكذا ان تمسكنا لوجوب البدل بحديث على اليد وبنينا على انه اداء نفس العين فانه بعد اداء البدل لاوجه لكونه ضامنا لزيادة القيمة ولا لنماء العين كما هو الظاهر .

وأما لو قلنا بانتقال نفس العين الىذمة الضامن وان مايدفعه انماهو بدل عن السلطنة لاعن العين وانما يجب دفعه لحديث لاضرر ومن اتلف او لكونه جمعا بين الحقين فلا وجه لعدم كونه ضامنا للنماء بعد كونه حادثا فى ملك المالك (وبعبارة اخرى) ان قلنا بان المبذول بدل عن التالف ولو مع بقائه في ملك المالك فالقول بعدم الضمان وان كان وجيها الا ان لازمه الجمع بين البدل والمبدل وان قلنا بانه غرامة فالمحذور وان لم يكن جاريا الا ان نفى الضمان حينئذ لا وجه له فالجمع بين الامرين غير صحيح .

(٢) تعرض (قده) لموجبات الضمان فقسم اسبابه الى اقسام اربعة :

(الاول) : التلف الحقيقي وذكر انالعين بهتسقط من الملكية عرفا فيكون الغاصب ومن بحكمه ضامنا .

(الثاني) : التلف الحكمي وهو ذهاب سلطنة المالك عن ماله بحيث لايكون عودها مرجواً وهذا مورد بدلالحيلولة فتكون السلطنة على البدل بدلا عنالسلطنة عن العين .

(الثالث) : تلف الاوصاف التي تخرج بهاالعين عنالمالية رأساً مع بقائها على الملكية فيكونالمبذول حينئذعوضاعنالمالية لابدلا عنالعينفتبقى العينملكالمالكها .

(الرابع) : ذهاب الاوصاف التي بها تخرج العين عن الملكية ايضا اما شرعا كما في الخل المتبدل خمراً وإما عرفا كما في الكوز المكسور وحينئذ تبقى العين متعلقا لحق المالك .

(ونقول) أما ماذكره في القسم الاول اعني التلف الحقيقي من زوال ملكية المالك عن العين متين جدا غاية الامر بعد دفع الضامن الغرامة قد تعتبر ملكا له فيما اذا ترتب عليها الاثر كما في تعاقب الايادى .

وما ذكره في القسم الثاني من كونه مورداً لبدل الحيلولة غير تام لان موردها صورة بقاء العين مع تعذر الوصول اليها بحيث يرجى زوال العذر ايضاً واما اذا كان العثور عليها مقطوع العدم وكان الضامن مأيوسا من الوصول اليها كما في المال المسروق او الملقى في البحر فهو تالف عرفا فيحلق بالقسم الاول اذ ليس المراد من التلف الانعدام الحقيقي الذي ذهب بعض فلاسفة العصر الى استحالته بل المراد التلف العرفي فلا يكون مورداً لبدل الحيلولة المصطلحة .

وما ذكره في القسم الثالث من زوال المالية مع كون العين مملوكة فربما يناقش فيه كما عن السيد (قده) في الحاشية بان ذهاب الوصف ان اوجب سقوط العين عن قابلية الانتفاع بها فتسقط عن الملكية ايضا والا فهي مال .

ولكن الظاهر انه لامنافاة بين بقاء العين على قابلية الانتفاع بها وبين سقوطها عن المالية .

وتوضيحه : ان الصفة الزائلة تارة توجب قله الانتفاع بالعين كما في الاناء البلور فانه اذا انفطر يقل الانتفاع به لانه لايجعل فيه الشيء الحار وقد كان ذلك ممكنا قبل الانفطار فزوال هذا الوصف لايقتضى سقوط اصل المالية وان اوجب نقصا فيها .

(واخرى توجب) سقوط العين عن قابلية الانتفاع بها مستقلا ولكن يمكن

ان ينتفع بها منظما كالقلم من الخشب اذا انكسر اذ لايمكن الانتفاع بكل قطعة منه مستقلا في الكتابة الا ان الانتفاع به منظما الى البقية في الاحراق ونحوه ممكن وزوال هذه الصفة يوجب سقوط العين عن المالية لا الملكية ومن هذا القبيل الحبة الواحدة من الحنطة او الارز وهكذا الرطوبة الباقية على اعضاء الوضوء او الخيط الباقي في الثوب المخيط .

(وثالثة) يكون زوال الصفة موجبا لسقوط العين عن قابلية الانتفاع راساً لامستقلا ولا منظما فتسقط عن المالية والملكية معا ولكن تكون متعلقة لحق اولوية المالك واختصاصه بحكم الشارع ومن هذا القبيل الخل المنقلب خمرا والكوز المكسور والحيوان الميت وهذا كله ظاهر .

وانما الكلام في الدليل المثبت لحق الاولوية والاختصاص بالاضافة الى العين بعد سقوطها عن الملكية فقد يستدل عليه باشتمال الملكية عليها فاذا زالت الملكية بقيت الاولوية اويقال انعدم جواز التصرف في ملك الغير باقبعد سقوطه عن الملكية بالاستصحاب .

(ويرد الاول) ان الملكية ليست مشتملة على الاولوية لتبقى بعد زوالها فانها امر مغاير للملكية .

(ويرد الثاني) ان عدم جواز التصرف بدون اذن المالك انما كان بعنوان الملكية وقد ارتفعت فلا مجال للاستصحاب (فالصحيح) ان يستدل عليها بالسيرة العقلائية المتصلة بزمان المعصوم (ع) فان العقلاء يرون العين مختصة بمالكها بعد سقوطها عن الملكية ولا يجوز مزاحمته فيها (ويشهد) لذلك كونها ملكا للمالك السابق بعد عود الصفة الزائلة التي بها قوام المالية اذ ليس ذلك الا من جهة اولويته بها حين زوال تلك الصفة .

(واما ما ذكره شيخنا المحقق) من ان سبب الملكية من الارث او الشراء

قوله ره: وهل الغرامة المدفوعة (١)

او غيره كان مقتضياً للملكية وقد زاحمه مانع عن تأثيره فلم يؤثر فاذا زال المانع يستند الاثر اليه.

(فيرده) اولاً ان المقتضى والمانع والشرط المصطلحة اجنبية عن الاحكام الشرعية وليس هناك الا الحكم والموضوع (مضافا) الى ان العين بعد عود الصفة الزائلة منها تكون مباينة لها قبل زوال الصفة عنها فالخل المنقلب خمرا مباين للخل المنقلب عن الخمر فكون السبب السابق مقتضياً لملكيتها قبل زوال الصفة لايستلزم كونه في ملكيتها بعد عود الصفة.

(ثانياً) ان السبب انما كان يقتضى الملكية الواحدة المستمرة لا الملكية في كل آن فالمقتضي قد ارتفع بالمانع ولم يكن السبب مقتضياً لملكية اخرى.

(فالحق ما ذكرناه) مع قيام السيرة على بقاء حق الاولوية للمالك فاذا عادت العين مملوكة لامحالة تكون ملكا لمالكها السابق (ثم ان حق الاولوية) بالعين ينتقل الى الضامن بعد اداته الغرامة بناء على كونها اداء لمال المالك بعد اسقاطه للخصوصيات كما عليه سيرة العقلاء وهكذا اذا كانت الغرامة بدلا عنه.

(١) اذا تعذر رد العين فادى الضامن بدلها وكان التعذر مستمراً فلا اشكال في عدم جواز مطالبة المالك بماله ثانيا لانه ادى بدله وأما اذا زال التعذر فعلى مسلك القوم يكون للمالك مطالبة عين ماله ويجب على الضامن تحصيله ولو توقف على مقدمات وجب تحصيلها واذا حصلت في يده وجب اداءها وكل ذلك على ماسلكوه واضح.

(وانما الكلام) في انه هل يجب على المالك دفع الغرامة الى الضامن بمجرد تمكنه من تحصيل العين ولا يجوز له ابقاءها ولا التصرف فيها اولا؟

أما بناء على كون الغرامة اداء للعين اوبدلا عنها فلا يجب عليه ردها ولازمه

قوله ره: المشهور كما عن الدروس والكفاية بطلان عقد الصبي (١)

عدم جواز مطالبته بالعين واما بناء على كونها بدلا عن سلطنة المالك على المطالبة بحقه الفائت بالتعذر فيجب عليه حينئذ ردها لرجوع السلطنة اليه بمجرد تمكن الضامن من اداء العين وارتفاع تعذره (وتوضيحه) اذا فرض ان الضامن تسامح عن اداء الغرامة الى ان ارتفع التعذر وتمكن من اداء العين غايته توقف اداؤها على الاتيان بها من داره فانه في مثل هذا ليس للمالك المطالبة بالبدل لتمكنه من المطالبة بعين ماله فعند ارتفاع التعذر لا يجوز له المطالبة بالبدل بقاء (وبالجملة) الحكم بكون المبذول عوضا عن حق المطالبة والحكم بجواز التصرف فيه بعد زوال التعذر مما لا يجتمعان (فالمتحصل) من جميع ماذكر انبدل الحيلولة لادليل عليه الا اذا قام عليه اجماع تعبدي يعمل به فى مورده .

شروط المتعاقدين

(١) هذا هو المعروف بينهم ومقتضى اطلاق كلماتهم عدم الفرق بين اجازة الولي وعدمها ولا باس قبل تحقيق ذلك من التكلم فى مطلق افعال الصبي فيما يرجع الى الاصول والى الفروع مما لا يعتبر فيه القصد او مما يعتبر فيه ذلك من العبادات او المعاملات بالمعنى الاعم .

أمامايرجع الىاصول الدين فقد ذكروا انهلااعتبار بكفرالصبي واسلامهولذا جعلوا اسلام مولانا أمير المؤمنين عليه السلام قبل بلوغه من مختصاته وقد ناقش فيه بعض العامة (١)والصحيح صدقعنوان المسلم والكافر باقسامه والمرتد والمشركعلى

(١) لقداكثر رواة الحديث منقصة اسلام (ابيالحسن) ـع ـ حال الصغر ـ

الصبي اذا اقر او انكر حقيقة فيعمه ادلة الاحكام الثابتة لتلك العناوين الا ما ارتفع عن الصبي بحديث (رفع القلم) مثل وجوب قتل المرتد عن فطرة وحبس المرتدة كذلك في اوقات الصلاة لتتوب فانها غير ثابتة لغير البالغ (لرفع القلم) ولولاه لم يمكن الحكم بالحاق الصبي بوليه من حيث الاسلام والكفر لعدم الدليل على التبعية فتأمل وعلى هذا فليس قبول اسلام سيدنا امير المؤمنين (ع) من مختصاته ليناقش فيه.

- وتردد ذلك في الجوامع وتضاربت الاقوال فيها ولا يهمنا اطالة البحث انما المهم الفات نظر القارىء الكريم الى البون الشاسع بين اسلامه واسلام الصبي .

(اولا) انا لانقول ان امير المؤمنين اول من آمن وان كان هو اول من وافق الرسول (ص) على مبدء الاسلام لما صدع بالأمر وصافقه على اظهار الدعوة ولكنا نقول متى كفر علي (ع) حتى يؤمن؟! وانما كان هو وصاحب الدعوة الالهية عارفين بالدين وتعاليمه معتنقين له منذ كيانهما في عالم الانوار قبل خلق الخلق غير ان ذلك العالم مبدء الفيض الاقدس ووجودهما الخارجي مجراه (فمحمد نبي وعلي وصي وآدم بين الماء والطين) .

(ثانياً) ان رسول السماء العارف بالاحكام الالهية وشرايع النبوات قبل اسلام ابن عمه انجز له جميع ما وعده من الاخوة والوصاية والخلافة العامة حين اجاب دعوته ووازره على هذا الامر وقد احجم عنه عشيرته وقرباه يوم نزول قوله (تعالى) (وانذر عشيرتك الاقربين) .

وهل ترى ان النبي (ص) كان يومئذ يجد في شريعته عدم الجدوى باسلام (علي) - ع - لصغره الا انه حاباه - كلا وحاشا - وانما قابله بكل ترحيب وخوله مالم يخول احدا لصحة اسلامه عنده بحيث كان على اساس رصين فاتخذه ردءاً له كمن اعتنق الدين عن قلب شاعر ولب راجح وعقلية ناضجة يغتنم بذلك محاماته ومرضاة ابيه في المستقبل .

—

(وأما افعال الصبي من حيث الفروع) فالتي لايعتبر فيها القصد كالطهارة والنجاسة والجنابة بالجماع ونحوها فالظاهر شمول ادلتها للصبي ايضا فتامل غايته لايترتب عليها الحكم التكليفي قبل البلوغ (وأما التي يعتبر فيها القصد) فما كان من العبادات المستحبة فادلتها تعم الصبي ولا ترتفع بحديث رفع القلم لكونه وارداً فى مقام الامتنان تحقيقا اوتقريبا فلا يرتفع به الاما كان في رفعه امتنانا على الصبي او المجنون ويكون ثبوته كلفة عليه وليس فى الاستحباب كلفة (وأما العبادات الواجبة) فادلتها مثل اقيموا الصلاة شاملة في نفسها للصبي ولذا ذكروا ان حديث (رفع القلم) يرفع الالزام بالاضافة الى الصبي فتبقى المطلوبية المطلقة .

ـ واذا اكبرنا النبي (ص) عن كل مداهنة ومصانعة فلا نجد مسرحا في المقام لأيّ مقال الا ان نقول ان اسلام (امير المؤمنين) ـ ع ـ كان عن بصيرة وثبات مقبول عند الله ورسوله وكان ممدوحا منهما عليه كما تمدح هو عليه السلام بذلك غير مرة وهو اعرف الامة بتعاليم النبي الكريم (ص) فقال انا الصديق الاكبر لايقولها بعدي الا كاذب مفتر صليت مع رسول الله (ص) قبل الناس بسبع سنين وقال له رسول الله (ص) انت اول المؤمنين ايمانا واسلاما كما مدحته الصحابة بذلك وهم ابصر من غيرهم يوم كانوا يغترفون من مستقى العلم ومنبع الدين وعلى هذا الاساس تظافر الثناء عليه من العلماء والمؤلفين والشعراء وساير طبقات الامة بانه اول من اسلم .

لكن هناك ضالع في سيره حسب شيئا فخانته هاجسته وهوى الى مدحرة الباطل فقال (اسلم علي وهو صغير) يريد بذلك الحط من مقامه وليس هناك .

(ثالثاً) لو تنازلنا عن جميع ذلك فمن اين علمنا ان اشتراط البلوغ في التكليف كان مشروعا في اول البعثة فلعله كبقية الاحكام التدريجية نزل الوحي به فيما بعد ولقدحكى الخفاجي الشافعي في شرح الشفا ج ٣ / ١٢٥ باب دعاء النبي (ص) على-

(وفيه) ان الوضع الواحد للحكم اما يكون الزاميا بالاضافة الى جميع افراد موضوعه واما يكون ترخيصيا كذلك وأما كونه الزاميا في بعض افراد موضوعه وترخيصيا في البعض الاخر فهو غير ممكن فتامل (وعليه) فمقتضى حديث رفع القلم عن الصبي خروجه عن العمومات بالكلية فكيف تثبت به المطلوبية المطلقة (لكن) يمكن اثباتها بما ورد من امر الاباء ان يامروا صبيانهم بالصلاة فان الأمر بالأمر امر وبعد ضم حديث رفع القلم الى ذلك ورفع الالزام تثبت المطلوبية لامحالة وبضميمة عدم القول بالفصل ثبت ذلك في الجميع .

(وأما غير العبادات من المعاملات) بالمعنى الاعم من العقود والايقاعات فالكلام فيها من جهات ثلاث :

(الاولى) فى تصرف الصبي في مال نفسه باجازة الولي او بغير اجازته .

(الثانية) : في تصرفه في مال الولى باذنه .

(الثالثة) : في تصرفه في مال الغير بالوكالة المطلقة عن المالك .

صبي عن البرهان للحلبي والسبكى ان اشتراط الاحكام بالبلوغ نزل الوحي به بعد (احد) وفى السيرة الحلبية ج ١ ص ٣٠٤ باب انه اول الناس ايمانا كان الصبيان مكلفون وانما رفع القلم عن الصبي عام خيبر وعن البيهقي ان الاحكام انما تعلقت بالبلوغ في عام الخندق او الحديبية وكانت قبل ذلك منوطة بالتميز .

(رابعاً) انا معاشر الامامية نعتقد في ائمة الدين انهم حاملون اعباء الحجة متحلون بالفضائل كلها منذ الولادة كما يبعث عيسي في المهد نبيا واوتي الحكم يحيي صبيا غيرانهم بين مامور بالكلام او مامور بالسكوت وبذلك تقرء على كل واحد منهم الصحيفة الخاصة به فلهم احكام يمتازون بها عن احكام الرعية ومن اقلها قبول اجابة الدعوة منذ الصغر وحينئذ لا مساغ للبحث في ذلك .

(عبد الرزاق الموسوي المقرم)

وفي كل من هذه الجهات يقع البحث فى مقامين (المقام الاول) في معاملات الصبي مستقلا بحيث يكون الفعل فعله حقيقة سواء كان ذلك في مال نفسه اوفي مال الولي او ملك الغير بالوكالة المطلقة عنه على نحو كان مفوضا .

(والظاهر في هذا المقام) وفاقا للمعروف عدم نفوذ تصرفات الصبى اذا كان مستقلا فيها ويدل عليه قوله ـ تعالى ـ (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم) فان ظاهره يفيد اناطة استقلال الصبي في التصرف بامرين بلوغ النكاح وهو كناية عن الخروج عن حد الصبي واستيناس الرشد منه والا كان ذكر الغاية بقوله (حتى اذا بلغوا) لغوا فلا وجه لما ذهب اليه ابو حنيفة من التفصيل في نفوذ معاملة الصبي بين ما اذا كان رشيدا فينفذ وبين ما اذا لم يكن رشيدا فلا ينفذ (١) فانه مناف للقيد المذكور في الاية المباركة .

---

(١) ابو حنيفة يفصل بين الصبي المميز فينفذ تصرفه وان لم يكن بالغا وبين ما اذا لم يكن مميزا فلا ينفذ يدل عليه مافي احكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٧٤ عند قوله (تعالى) فى النساء : ٤ (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم) قال ابو بكر الجصاص اختلف الفقهاء في اذن الصبى فى التجارة فقال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد وزفر والحسن بن زياد والحسن بن صالح جائز للاب ان ياذن لابنه الصغير في التجارة اذا كان يعقل الشرى والبيع وكذلك وصي الاب والجد اذا لم يكن وصي اب ويكون بمنزلة العبد المأذون له .

وقال ابن قدامة في المغني ج ٤ ص ٢٤٦ كتاب البيع باب تصرف الصبي يصح تصرف الصبي المميز بالبيع والشراء فيما اذا اذن له الولي في احدى الروايتين وهو قول ابي حنيفة والثانية لايصح حتى يبلغ وهو قول الشافعي لانه غير مكلف

ولعل السر باختبار الرشد قبل البلوغ مع عدم وجوب دفع المال الا بعده ان لا يمنع البالغ الرشيد عن ماله بعد بلوغه حتى بمقدار زمان الاختبار فانه بحسب الغالب يحتاج الى مدة ولو قصيرة فاذا كان الاختبار بعد البلوغ لابد وان يمنع فى زمان الاختبار عن تسليم ماله اليه ولا وجه له .

ثم لايخفى ان الاية الشريفة وان كانت مختصة بتصرف اليتيم فى اموال نفسه مستقلا ولايعم تصرفه فى مال غيره الا انه يمكن الحاقه بعدم القول بالفصل او بالاولوية (نعم) يعم جميع الصور رواية ابن سنان (متى يجوز امر اليتيم قال حتى يبلغ اشده قال ما اشده قال احتلامه) (١) فان المراد من الجواز المضي والنفوذ

- فاشبه غيرالمميز وفى(روح المعاني) للالوسي ج ٤ ص ٢٠٤ في هذه الاية الاختبار قبل البلوغ عند ابي حنيفة .

(١) الروايةفيخصال الصدوق ج ٢ص ٨٩باب الثلاثة عشرمنالطبع الاول قال حدثنا ابي عن سعد بن عبد الله عن احمد بن محمد بن عيسى عناحمد بن محمد ابن ابي نصر البزنطي عن ابي الحسين الخادم بياع اللؤلؤ عن عبد الله بن سنان عن ابيعبد الله (ع) قال سأله ابيوانا حاضر عناليتيم متىيجوز امرهقال حتىيبلغ اشده قال وما اشده قال احتلامه قال قلت قد يكون الغلام ابن ثمانية عشر سنة او اقل او اكثر ولا يحتلم قال اذا بلغ وكتب عليه الشيء جاز امره الا ان يكون سفيهاً او ضعيفاً ورواها عنه في البحار ج ٢٤ ص ٣٩ كتاب الحجر باب حد البلوغ ولكن فيه (عن البزنطي عن الحسين ابي الخادم عن عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام الخ .

ورواها عنه في الوسائل ج ٢ص٦٢٩ باب ٢ حد ارتفاع الحجر عن الصغير كتاب الحجر كما نقلناه عن الخصال (وابو الحسين الخادم لم يذكر في الرجال) .

(عبد الرزاق الموسوي المقرم)

قوله ره : ويمكن ان يستأنس له ايضاً (١)

والامر من العناوين العامة نظير عنوان الشيء فيعم جميع افعاله مما يصدق عليه انه امره سواء كان فى مال نفسه اوفي مال غيره .

(وأما المقام الثاني) وهو ما اذا كان الصبي آلة للغير بمنزلة شفتى الانسان فى اجراء العقد او الايقاع فالظاهر فيه هو الجواز بداهة عدم شمول الآية له كما ان الرواية المتقدمة ايضا غير شاملة له لعدم صدق امر الصبي على ماليس مستقلا فيه فتأمل بل يكون بمنزلة الالة ويكون الفعل فعل غيره حقيقة ولذا ذكرنا تبعا للمحققين ان الخيار لايثبت للوكيل في اجراء الصيغة لعدم صدق البيع عليه وكذا حديث (رفع القلم عن الصبي) فانالمرفوع به وان لم يكن خصوص المؤاخذة كما زعمالمصنف (ره) لكونالرفع لابد وانيتعلق بمايكون امر رفعهووضعه بيدالشارع ابتداء وهو الاحكام كما بيناه في حديث الرفع الا انه انما يرفع الاحكام التكليفية المتوجهة الىنفس الصبي ولايرفع الحكم عنغيره الااذا كان الصبي واسطة فيالبين .

وبعبارة اخرى بعد ما كان الفعل الصادر من الصبي مستندا الى البالغ فلا يرتفع بحديث رفع القلم الاحكام المتوجهة اليه لكون الالة صبيا وهو اجنبي عن رفع القلم عن الصبي كما هو ظاهر فلم يبق في البين ما يتمسك به لعدم نفوذ مطلق معاملة الصبي سوي ما ورد من ان عمد الصبي خطأ فلابد منالبحث عن اختصاصه بباب الجنايات والكفارات فلا يعم المقام وعدمه .

(١) الاخبار الواردة في المقام على طوائف ثلاث :

(الاولى) : رواية رفع القلم ورواية ابن سنان المتقدمتين وقدعرفت انمفاد رفع القلم عن الصبي ليس الا رفع الاحكام التي فيها كلفة على الصبي اي فعله القابل للمضي وعدمه بمناسبة اسناد الجواز اليه ولا يصدق ذلك الا فيما اذا كان الصبي مستقلا فى تصرفه ولو بالوكالة المطلقة عن الغير فلا يعم ما اذا كان آلة

محضا لاجراء الصيغة فان الأمر لم يكن امره ولا الفعل فعله .

(الطائفة الثانية) : ما ورد من ان عمد الصبي وخطأه واحد من غير تقييد بباب الجنايات فاطلاقها شامل لجميع الموارد .

(الطائفة الثالثة) : ماورد من ان المجنون والمعتوه الذي لايفيق والصبي الذي لم يبلغ عمدهما خطأ تحمله العاقلة وقد رفع عنهما القلم وظاهره الاختصاص بباب الجنايات فانها التي تحمله العاقلة .

(وربما يتوهم) تقييد الاولى بها من باب حمل المطلق على المقيد ولكنه غير صحيح لعدم التنافي بينهما بعد كونهما مثبتين (الا انه) لا يمكن الاخذ باطلاقها لوجهين وجود المانع وعدم المقتضى اما المانع فهو القطع بعدم ارادة الاطلاق فان لازمه صحة صوم الصبي اذا افطر متعمدا وصحة صلاته اذا قطعها لان عمده بحكم الخطأ وهكذا اذا سلم على غيره لايجب الرد عليه لكونه بحكم الخطأ الى غير ذلك مما لايلتزم به فالاطلاق غير مراد جزماً .

واما عدم المقتضى فانه لم يرد فى الرواية ان عمد الصبي كلا عمد وانما ورد ان عمده وخطأه واحد فيختص بموارد كان الفعل فيها بعنوان العمد موضوعا لحكم وبعنوان الخطأ محكوما بحكم اخر فيكون صدور ذلك الفعل من الصبي بمنزلة صدوره من البالغ خطأ وهذا المعنى مختص بباب الجنايات ولا يجري فى غيرها حتى كفارات الحج التى زعم المحقق النائيني (قده) جريانه فيها فان بيع الخطأى انما يحكم بفساده لا بعنوان انه بيع خطأ بل من جهة عدم تحقق البيع العمدي الذي هو الموضوع للأثر وهكذا في بقية الموارد حتى الكفارات في الحج فانها مترتبة على الفعل العمدي فعدم ترتبه على الخطأ انما هو من جهة عدم تحقق الموضوع فتعميم مورد الرواية الى الكفارات لا وجه له .

وهذا بخلاف الجنايات فانها على اقسام ثلاثة الجناية العمدية والجناية الخطائية والملحقة بالخطأ وهو ما اذا كان اصل الفعل مقصودا دون عنوانه مثل ان يرمي شبحاً باعتقاد كونه غزالا مريدا قتله فصادف انسانا فقتله فهذا ملحق بالخطأ .

وقد رتب في الشريعة المقدسة على كل من العمد والخطأ حكم فيصح ان يقال الفعل الصادر من الصبي عمدا يلحقه حكم الصادر من البالغ خطأ .

نعم قد يوجد احيانا موارد رتب فيها الاثر على الفعل الصادر خطأ . كما فى بعض موجبات الكفارة في الحج مثل نتف الشعر فان عمده محكوم بحكم وخطأه محكوم بحكم اخر وهكذا بعض الامور التى يوجب تعمدها بطلان الحج وخطأها الكفارة الاانها ايضا خارجة عن مورد الرواية بعد ضم حديث رفع القلم اليها .

وذلك لتوجه التكليف فيها الى نفس الفاعل الذي صدر عنه الفعل خطأ كوجوب الكف من الطعام في المثال المتقدم وقد عرفت ان حديث رفع القلم رفع جميع التكاليف عن الصبي فبعد ضمه اليها ينحصر المورد بما اذا كان الفعل الخطأي موضوعا للاثر ولم يكن الاثر تكليفا متوجها اليه بل كان متوجها الى غير البالغ كالعاقلة في باب الجنايات فان الدية عليها لا على الصبي .

وبالجملة المتحصل من الطائفة الاولى اعني حديث رفع القلم عن الصبى ورواية ابن سنان خصوصا بملاحظة اضافة الامر فيها الى اليتيم واسناد الجواز اليه ليس الا عدم نفوذ تصرف الصبى فيما يصدق عليه امر الصبى ويكون قابلا للنفوذ وعدمه كبيع الصبي ونكاحه وطلاقه مستقلا .

وأما مجرد اجرائه الصيغة فلا يصدق عليه ذلك لان العقد حينئذ يكون عقد الموكل او الولي ومجرد اجراء الصيغة ليس امراً قابلاً للنفوذ وعدمه فتأمل فما هو قابل للمضي ليس الا فعل البالغ ولا يمنع نفوذ فعله وساطة الصبى في اجراء الصيغة بعد كون الفعل فعلا له حقيقة كما ان عدم نفوذ تصرف الصبى حال صباه لا ينافي ترتب الاثر عليه بعد بلوغه كما اذا اتلف الصبى مال غيره فانه يصدق عليه حديث من اتلف بعد بلوغه فيجب عليه الخروج عن عهدته واما الطائفة الثانية والثالثة فلا اطلاق لهما لاختصاصهما بباب الجنايات على ماعرفت .

نعم تمسك المصنف (ره) باطلاق ذيل خبر البختري (١) وهو قوله (ع) (وقد رفع عنهما القلم) لم يقيد بما اذا كان الصبي مستقلا في التصرف ولا بباب الجنايات وقد استظهر ذلك باحد وجهين يرتبط به هذه الجملة مع الجمل السابقة بان تكون علة لقوله (ع) (تحمله العاقلة) فيتمسك باطلاق العلة وان كان المعلول مختصاً بالجنايات او معلولا لقوله (ع) عمد الصبي خطأ .

ولكن الظاهر عدم تمامية شيء منهما اما فساد كونه علة لثبوت الدية على العاقلة فلعدم الملازمة بين الامرين فضلا عن العلية فان ارتفاع القلم عن الصبي لايستلزم ثبوت الدية على العاقلة اذ يمكن ارتفاع الدية رأسا وعلى فرض لزوم الدية من باب عدم ذهاب دم المسلم هدرا فيمكن ان تكون ثابتة على بيت المال او على جميع المسلمين وعلى اي حال رفع القلم عن الصبي ليس علة لثبوت الدية على العاقلة .

واما عدم كونه معلولا لقوله (ع) عمد الصبي خطأ فلانه لو اريد به كون عمده خطأ تكوينا امكن تقريب العلية بوجه الا انه كذب محض فلا بد وان يكون ذلك تنزيلا بنحو الحكومة بمعنى ان الشارع نزل عمد الصبي بمنزلة الخطأ ومعنى التنزيل نفي اثار المنزل عنه واثبات آثار المنزل عليه ويكون المراد من التنزيل هنا نفي اثار العمد كالقصاص وما هو شبه العمد كالدية من مال الجاني عن فعله واثبات اثار الخطأ له لكن في خصوص ما اذا كان متوجها الى الغير لا الى الصبي لماقدمناه وهذا معنى رفع القلم عنه فهو متمم ومبين له لا معلول له .

---

(١) رواية ابو البختري وهب بن وهب القرشي عن الصادق في قرب الاسناد ص ٩٥ المطبعة الحيدرية سنة ١٣٦٩ قال عليه السلام في المجنون والمعتوه الذي لايفيق والصبي الذي لم يبلغ عمدهما خطأ تحمله العاقلة وقد رفع عنهما القلم ونقله عنه في الوسائل ج ٣ ص ٤٧٢ باب ٣٦ حكم غير البالغ وغير العاقل في القصاص .

(عبد الرزاق الموسوي المقرم)

قوله ره : عدم مؤاخذتها بالاتلاف (١)

قوله ره : كالتعزير (٢)

وعليه لابد وان يختص بباب الجنايات لما بيناه من اختصاص تنزيل العمد منزلة الخطأ ثم لو تنزلنا عن ذلك وسلمنا دلالة هذه الجملة على نفي الاعتبار عن التزامات الصبي مطلقا سواء كان باذن الولي اوبدونه كما استظهره المصنف (ره) فلا ربط لها بما نحن بصدده من سلب عبارة الصبي حتى في مجرد اجراء الصيغة مع استناد العقد والالتزام الى غيره فلم يظهز لنا من الاحاديث المتقدمة شيء من ذلك .

(١) تعرض المصنف (قده) لفروع منها مسألة اتلاف الصبي وسببيته للضمان وعدمه ونقول اما ماورد من ان عمد الصبي خطأ فلا يعم الاتلاف ونحوه مما لا يفرق فيه بين العمد والخطأ كما هو ظاهر وهكذا رواية ابن سنان لعدم صدق امر اليتيم خصوصا بعد اسناد الجواز وعدمه اليه على اتلافه واما حديث رفع القلم فقدعرفت انمفاده رفع الالزامات عن الصبي فيالدنيا والاخرة واستقرار الضمان ليس منها نعم انما يوجب الحكم التكليفي بالاداء بعد البلوغ حيث يعمه حديث من اتلف ولو باعتبار الاتلاف السابق عليه (ولا ينتقض) ببيع الصبي حيث لايترتب عليه لزوم الوفاء حتى بعد البلوغ فانه غير نافذ بمقتضى رواية ابن سنان بخلاف الاتلاف حيث لم يكن مشمولا لها .

(٢) لا اشكال في ثبوته على الصبي وانما الكلام فيان خروجه عن الاخبار المتقدمة بالتخصص اوالتخصيص ويبتني ذلك علىشمولها لنفي الاحكام الثابتة للصبي او اختصاصها بنفي ماثبت للبالغين فعلى الأول يكون خروج التعزير تخصيصا وعلى الثاني تخصصا والامر فيه سهل على اي حال .

قوله ره : ووصيته وايصال الهدية واذنه في الدخول (١)

بحث في التقاط الصبى وحيازته

لايخفى ان بعض افعال الصبي كالحيازة واحياء الموات والالتقاط ونحوها ذكروا عدم ترتب الاثر عليها ايضا والكلام فيها مبتن على امرين .

(الامر الاول) : ان يكون القصد معتبرا في حصول الملك بها وهو خلاف اطلاقات ادلتها مثل قوله (ع) من حاز ملك وقوله (ع) من احيا ارضا ميتة فهي له وقوله من سبق الى مالم يسبق اليه غيره فهو اولى به الى غير ذلك .

(الامر الثاني) : ان يستفاد من الاخبار المتقدمة سقوط قصد الصبي ايضا عن الاعتبار وهو ممنوع لانه لم يرد في شيء منها ان قصد الصبي كلا قصد وما ورد من ان عمده خطأ مختص بباب الجنايات وحديث رفع القلم مفاده رفع الالزام عنه ورواية ابن سنان مختصة بما يصدق عليه امر الصبي ويكون قابلا للنفوذ وعدمه فتامل .

فتحصل مما تقدم ان العمدة من الروايات في المقام ما ورد من عدم جواز امر الصبي حتى يحتلم ولا يعم الا مايصدق عليه عنوان امر الصبي مما هو قابل للجواز وعدمه فلا يشمل ما اذا كانت المعاملة مع البالغ وكان الصبي واسطة في اجراء الصيغة او لمجرد القبض كما لاتعم احياء الموات والحيازة والالتقاط اما بناء على عدم اعتبار القصد فيها فواضح واما بناء على اعتباره فيها فكذلك لعدم صدق الأمر على القصد ولم يرد في شيء منها ان قصد الصبي كلا قصد فتكون هذه الامور نافذة من الصبي .

(١) أما الوصية من الصبي البالغ عشر سنين فمنصوص عليها (١) واما

(١) في الوسائل ج٢ ص ٦٧٣ باب ٤٤ طبع عين الدولة روى عن ابي بصير -

قوله ره : بين ان يكون من الاشياء اليسيرة او الخطيرة (١)

ايصال الهدية واذنه في الدخول فلم نعرف وجها لاستثنائها لعدم دخولها فى المستثنى منه فان مورده تصرفات الصبي التي تكون موضوعا لأثر شرعي وليس شيء من الامرين كذلك (اما ايصال الهدية) فلعدم كونه مقوما لعقد الهبة ولذا يمكن تحققه بواسطة حيوان ونحوه (وأما الاذن في الدخول) الى دار الغير فليس في نفسه موضوعا لجواز الدخول فان حصل منه الاطمئنان برضى المالك كما هو الغالب فهو المعتبر والا فلا يجوز التصرف في مال الغير سواء كان الآذن بالغا اوصبيا فلا معنى لاستثنائها بعد عدم دخولها في مورد البحث .

(١) استدل على التفصيل بين الامور الحقيرة وغيرها بقيام السيرة على نفوذ معاملة الصبي في الاولى وبقوله (ع) نهى النبي (ص) عن كسب الصبي مالم يحسن صنعة بيده معللا بانهان لم يجد سرق (١) بدعوى ظهور التعليل بالامر العرضي في ذلك فان عقد الصبي لو لم يكن نافذا كان الانسب ان يعلل النهي به .

(ولكن الظاهر) عدم دلالة شيء منها (اما السيرة) فان كان المدعي قيامها

- عن ابي عبد الله (ع) قال اذا بلغ الغلام عشر سنين واوصى بثلث ماله فى حق جازت وصيته وعن منصور بن حازم عن ابي عبد الله سالته عن وصية الغلام هل تجوز قال اذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته وعن عبد الرحمن بن عبد الله عن ابي عبد الله (ع) قال اذا بلغ الغلام خمسة اشبار اكلت ذبيحته واذا بلغ عشر سنين جازت وصيته وعن زرارة عن ابي جعفر (ع) قال اذا اتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز لهفي ماله مااعتق اوماتصدق او اوصي على حدمعروف وحق فهوجايز .

(١) في الكافي ج ٥ ص ١٢٨ باب السحت رقم الحديث ٨ مطبعة الحيدري بطهران عن السكوني عن ابي عبد الله قال نهى رسول الله (ص) عن كسب الاماء فانهاان لم تجد زنت الا امة عرفت بصنعة يد ونهى عن كسب الغلام الذي لايحسن ـ

قوله ره : قصدهما لمدلول اللفظ (١)

على نفوذ معاملة الصبي فيما اذا كان آلة لاجراء العقداء او القبض فهو وان كان حقا كما عرفت الا انه غير مختص بالاشياء اليسيرة فانا بينا في المعاطاة عدم توقفها على الاخذ والاعطاء اصلا على ماهو المتعارف كما في دخول الحمام ووضع الثمن في دخل الحمامي ولا يقل قبض الصبي عن عدمه ولا عن كوز الحمامي .

وبالجملة ماعليه السيرة من نصب الصبي على الدكان انما هو من جهة ان لايسرق احد من الدكان شيئا لامن جهة المعاملة معه مستقلا فانه بمنزلة كوز الحمامي (نعم) فيما اذا كان القبض مقوما للعقد كما في الهبة لا اعتبار بقبض الصبي لابما انه قبض بل من حيث كونه التزاما مقوما لقبول العقد وهو مرفوع عن الصبي .

(وان كان المدعى) قيام السيرة على نفوذ معاملة الصبي مطلقا فهو ممنوع من المتدينين واما الاستدلال بالخبر فهو مضافا الى ضعفه بالسكوني ان المراد بالكسب ان كان معناه المصدري فلا محالة يكون النهي تنزيهيا متوجها الى اوليآء الصبي للحكمة المذكورة فيه وعليه فهو اجنبي عن المقام وان كان المراد به المكسوب فالمنهي عنه هو اخذ مطلق ما يحصل في يد الصبي نظير النهى عن كسب الاماء معللا بانهن ان لم يجدن زنين .

قصد المتعاقدين اللفظ والمعنى

(١) الكلام في المسالة يقع من جهات (الاولى) اعتبار قصد اللفظ والمعنى

ـ صناعة بيده فانه ان لم يجد سرق وعلى هامش مرآة العقول ج ٣ ص ٣٩٤ نفس الباب ورواه عنه فى الوسائل ج ٢ ص ٥٤٦ باب ٦١ كراهة كسب الصبيان الذين لايحسنون صناعة ومن لا يجتنب المحارم من ابواب ما يتكسب بة طبع عين الدولة .

(عبد الرزاق الموسوي المقرم)

قوله ره : لعدم تحقق القصد في عقد الفضولي والمكره (١)

وهذا هو المعروف فلا بد ان يقصد كل من المتبايعين اللفظ بان لا يكون صدوره منه لسبق اللسان ونحوه كما انه لابد من قصدهما المعنى وهو ابراز اعتبار المبادلة بين المالين فاذا قصد اللفظ ولم يقصد المعنى كما في الهازل اومن كان فى مقام عد الصيغ فقال بعت فانه لايتحقق به البيع وبعبارة اخرى قد تقدم ان البيع متقوم بامرين الاعتبار النفساني وابرازه خارجا فلا بد في تحققه من ثبوت كلا الامرين فقصد اللفظ والمعنى من مقومات البيع فلا يصح التعبير عنهما بشرط العقد او المتعاقدين فان الشرط انما يطلق على الامر الخارج عن حقيقة المشروط .

(١) ذكر الشهيد في المسالك انهما قاصدان للفظ دون المعنى ونقول اما المكره فهو بحسب الغالب قاصد للمعنى كما انه قاصد للفظ الا اذا كان ملتفتا فيجري العقد بنحو التورية ولا يقصد معناه فالاكراه غير مستلزم لعدم قصد المعنى كما ان الاكراه على الامور الخارجية من الاكل والضرب ونحوه لايستلزم عدم قصد حقيقتها فما يكون عقد المكره فاقدا له ليس الاطيب النفس ولذا ينفذ اذا لحقه ولو لم يكن المكره قاصداً للمعنى فحقيقة البيع لاتكون متحققة فكيف ينفذبلحوق طيب النفس به الذي هو مما اتفقت عليه اراء الخاصة في قبال العامة (١)

---

(١) الحنفية وافقوا الخاصة بصحته مع الاجازة اللاحقة وهذه نصوصهم في كتبهم الفقهية قال الكاشاني الحنفي فى بدايع الصنائع ج ٧ ص ١٨٦ كتاب الاكراه :

الاكراه يوجب فساد البيع لفقده الرضا وزوال الاكراه باجازته ورضاه وقال في ص ١٨٨ اذا كان البايع والمشتري مكرهين جميعا على البيع والشراء فلكل منهما خيار الفسخ والاجازة لان البيع فاسد في حقهما والثابت بالبيع الفاسد ملك غير لازم فان اجازا جميعا جاز وان احدهما دون الاخر جاز في جانبه وبقي الخيار في حق صاحبه وفي المبسوط للسرخسي الحنفي ج ٢٤ ص ٩٣ كتاب ــ

وأما الفضولي فهو ايضا قاصد للفظ والمعنى معا بطيب نفسه ولذا ينفذ بيعه بلحوق الاجازة فان عقده لا يفقد عدى شرط من شروط صحته وهو رضا

- الاكراه باب الاكراه على البيع اذا اكرهه على بيع عبده يساوي عشرة الآف درهم من هذا الرجل بالف درهم ففعل وقبض الثمن ولما تفرقوا من المجلس قال البايع اجزت البيع كان جائزا لان الاكراه لايمنع انعقاد اصل البيع فقد وجد مابه ينعقد البيع من الايجاب والقبول من اهله في محل قابل لهولكن امتنع نفوذه لانعدام تمام الرضا بسبب الاكراه فاذا اجاز البيع غير مكره فقد تم رضاه به فاذا اجاز بيعا باشره غيرة نفذ باجازته فاذا اجاز بيعا باشره هو بنفسه فهو اولى به (انتهى) وحكى عن الحنفية في الفقه على المذاهب الاربعة ج ٢ ص ٢٠٨ مثل ذلك .

نعم عند الحنابلة والمالكية والشافعية بطلان بيع المكره وعدم تأثير لحوق الاجازة فيه وفى الفروع لابن مفلح الحنبلي ج ٢ ص ٤٤٢ وبنل المآرب لعبد القادر الشيباني الحنبلي ج ١ ص ٨٣ فى البيع شرطه الرضا فلا يصح بيع المكره بغير حق (وفي المدونة) لمالك ج ٢ ص ٣٩١ باب العتق قال مالك لا يجوز على المستكره شيء من بيع وعتق ونكاح ووصية وصلح سواء اكرهه السلطان اوغيره وفي مختصر ابي الضياء في فقه مالك ج ٥ ص ٨ لا يلزم في الجبر على البيع اجماعا ولا على سببه على المذهب لقوله (تعالى) الا ان تكون تجارة عن تراض وقوله (ص) لايحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفس .

وفي المهذب لابي اسحاق الشيرازي الشافعي والمنهاج للنووي ص ٣٩ وشرحه تحفة المحتاج لابن حجر ج ٢ ص ٧ كتاب البيع لايصح عقد المكره فى ماله بغير حق لعدم الرضا واستدل له في المهذب بقوله (ع) انما البيع عن تراض فدل على انه لابيع عن غير تراض .

وبذلك نقل فتواهم في الفقه على المذاهب الاربعة ج ٢ ص ٢٠٨ .

قوله ره : هل يعتبر تعيين المالكين (١)

المالك واجازته فاذا تحقق رتب عليه الاثر لا محالة فلا معنى للقول بان الفضولي غير قاصد للمعنى .

واما مايتوهم من عدم قصدهما للامضاء الشرعي لعلمهما بعدم ترتبه على العقد الصادر منهما ففيه (اولا) ان المكره كثيرا ما يتخيل ترتب الاثر شرعا على بيعه الصادر عن اكراه ولذا يكره انشاءه نعم قد يكون عارفا بالحكم الشرعي ولكن عدم قصد الامضاء الشرعي غير ملازم للاكراه بل قد يتحقق ذلك فى غير مورد الاكراه كما اذا اعتقد الاب جريان الربا بين الوالد والولد فاوقع المعاملة الربوية مع ولده لا بقصد الامضاء الشرعي وهكذا في بيع الفضولي فانه قد يقصد الامضاء الشرعي بزعمه انه مالك للبيع لشبهة موضوعية او حكمية مثل ما اذا تخيل اختصاص الحبوة بالولد الاكبر فباع غيره حصته منها فان البيع فضولي مع قصد الامضاء الشرعي .

(ثانيا) نفرض عدم كون المكره والفضولي قاصدين للبيع الممضى شرعا الا انه اي أثر يترتب على ذلك مع انه لادليل على اعتباره اصلا كما انه ليس مقوما لحقيقة البيع (فتلخص) ان بيع المكره والفضولي لا يفقد ان سوى طيب النفس فى الاول ورضى المالك في الثاني والشاهد عليه نفوذه بلحوق الاجازة وطيب النفس .

(١) هذه الجهة الثانية وهي اعتبار قصد من يقع عنه البيع وتعيينه سواء كان عن نفسه او غيره ثم على فرض اعتباره هل يلزم تعريفه للمشترى ام لا وهكذا من طرف المشتري فيقال هل يلزم تعين من يقع البيع له وقصده وتعريف البايع به وتفصيل الكلام فيه تارة في البيع الشخصي واخرى في البيع الكلي . اما البيع الشخصي فتعيين المالك فيه ثبوتا يغني عن تعيينه اثباتا بالقصد او باللفظ (وبعبارة اخرى) اعتبار شيء في البيع لابد وان يكون لاحد امرين اما لدخالته فى ما هيته وتقومها

به واما لقيام الدليل على اعتباره والمفروض فقدان كلا الأمرين فى المقام فلا يقاس هذا بالنكاح الذي يعتبر فيه تعيين الزوجين لكونهما ركناً فيه بخلاف البيع فانه بمعنى المبادلة بين المالين وليس للمالكين دخل فى حقيقته اصلا ليلزم تعيينه .

ثم لو فرضنا قصد البيع او الشراء لغير المالك فهل يصح اولا فيه تفصيل ويتصور بحسب مقام الثبوت على صور ثلاثة (الاولى) ان يقصدا حقيقة البيع اعني انتقال الثمن الى مالك المثمن وبالعكس غاية الامر يجعل فائدة البيع لشخص ثالث وهذا متعارف مثلا يعطي احد البزازين دراهم ليقطع ثوبا الى ولده او خادمه او يعطي الثمن للخباز ويقول له اعط زيدا خبزا (الثانية) ان يقصدا حقيقة البيع ويقصدا نقضه ايضا وفي هاتين الصورتين يتحقق البيع ويحصل النقل والانتقال وقصد رجوع الفائدة الى الغير او قصد النقض لا اثر له بعد ذلك اصلا فتامل .

(الثالثة) ان لا يكونا قاصدين للمبادلة اعني دخول الثمن فى كيس من خرج المثمن منه وبالعكس بل يقصد دخوله في ملك شخص اخر وفي هذه الصورة يكون البيع فاسدا هذا كله في مرحلة الثبوت .

واما مرحلة الاثبات فاذا ذكر ذلك في اللفظ بان قال بعتك ثوبي بدراهم عمرو لا يترتب عليه الاثر لانه من قبيل الكلام المحتف بما يصلح للقرينية فلا يكون مبرزا لحقيقة البيع .

(واما اذا كان الثمن والمثمن كليا) فلا مناص من تعيين من يقع البيع عنه او يكون الشراء له لامن جهة اعتباره في نفسة بل لان الكلي لايكون مالا قابلا للملوكية مالم يضف الى ذمة معينة فوقوع البيع عليه متوقف على ذلك (ومن هنا يظهر) ان قياس المقام ببيع احد عبديه او طلاق احدى زوجتيه (مع الفارق) فان البيع او الطلاق في المثالين انما يتعلق بالموجود الخارجي بالقاء الخصوصيات الشخصية كما في بيع صاع من صبرة فان المبيع فيه ليس الكلي الطبيعي وقد اشترط

اداءه من الصبرة خارجا ليوجب تخلفه الخيار بل المبيع هو الموجود الخارجي لكن الخصوصيات الشخصية ليست مورداً للبيع بل هي باقية في ملك البايع وسيأتي الكلام فيه انشاء الله فبيع احد العبدين يكون المبيع فيه خارجيا لا كليا .

(وحاصل الكلام) في اعتبار تعيين البايع والمشتري انه قد يكون المبيع والثمن شخصيا وقد يكون كليا اما اذا كان شخصيا فالتعيين بقصد البايع والمشتري غير معتبر قطعا لأن البيع عبارة عن المبادلة بين المالين وهي متحققة بقصد المبادلة بين المالين الشخصيين ولولم يقصد من يقع البيع له ومن يقع الشراء له (نعم) قد يقصد خلاف ذلك وهو وقوع البيع لغير البايع والشراء لغير المشتري كان يقول بعتك هذا ليكون الثمن ملكا لعمرو فهل يحكم في مثل هذا بفساد البيع او بصحته ولغوية قصد الخلاف او يفصل بين ما اذا ذكر ذلك في اللفظ فيفسد البيع وبين القصد المجرد فلا يبطل كما ذهب اليه التستري وجوه بل اقوال .

(والتحقيق) ان قصد الخلاف قد يرجع الى عدم حقيقة البيع والمبادلة بين المالين بل يكون المقصود الهبة فلا بيع حينئذ ليكون صحيحا اوفاسدا والتعبير بفساد البيع مسامحة وقد لا يرجع الى ذلك بان يكون واقع البيع مقصودا وهذا يتصور على صور :

(احدها) ان يقصد رجوع نتيجة البيع وفائدته الى شخص اخر .

(ثانيها) ان يكون تمليكا للغير بعد تحقق البيع ومن هذا القبيل شراء الوالد لولده والمولى لعبده ولا اشكال في صحته .

(ثالثها) ان يقصد الخلاف من باب الادعاء وعقد القلب على كون غير المالك مالكا تشريعا ومن هذا القبيل بيع اللصوص والغاصبين ومن يتوكل عنهم فانه مبني على كون غير المالك مالكا تنزيلا .

(رابعها) ان يكون ذلك من باب الخطأ في التطبيق مثل الوكيل عن غيره

في بيع امواله فتخيل ان العين الفلانية مملوكة للموكل فباعها له ثم ظهر كونها ملكا لشخص اخر وفي هاتين الصورتين يتحقق البيع للمالك غاية الامر يتوقف نفوذه على اجازته .

وبما ذكرناه ظهر فساد التفصيل فان قصد الخلاف ان كان مخلا بقصد واقع المبادلة بين المالمين كان البيع فاسدا سواء ذكر فى اللفظ ام لم يذكر والافلا يفسد على التقديرين .

ويلحق بالمبيع الشخصي ما اذا كان المبيع او الثمن كليا فى ذمة شخص خاص وقصد البيع او الشراء لشخص اخر فانه يجري فيه الصور المذكورة هذا كله في الشخصي .

وأما الكلي فلا بد من تعيين البايع اذا كان المبيع كليا والمشتري اذا كان الثمن كليا ولا يصح البيع اذا اضيف الى واحد غير معين كان يقول بعتك منّاً من الحنطة في ذمة احد هؤلاء وعدم الصحة لامن جهة اعتبار التعين فى البيع بل من جهة ان الطبيعي لامالية له اذا لم يضف الى ذمة معينة فلايكون قابلا لوقوع البيع عليه.

(ولا يقاس) ببيع الكلي في المغين فان مالك الشخص يكون مالكا للكلي في ضمنه فكما له بيع الشخص له بيع الكلي المشتمل عليه لانه مال حقيقة وهذا بخلاف الطبيعي .

(كما انه لا يقاس) ذلك بطلاق احدى زوجتيه او عتق احد عبديه فانه مضافا الى كونهما منصوصين ان الواجد لزوجية الزوجتين واجد لزوجية الجامع بينهما ومالك العبدين مالك للجامع بينهما فله طلاق الجامع بين الزوجتين وعتق احد العبدين واختيار احدى الخصوصيتين بعد ذلك .

وهـذا بخلاف الطبيعي فانه في مقام الثبوت اذا قصد اضافة الكلي الى ذمة معينة يكون قابلا لوقوع البيع عليه والا فلا واما مقام الاثبات اذا باع الكلي من

قوله ره : وأما تعيين الموجب لخصوص المشتري (١)

دون اضافة الى ذمة معينة اصلا يكون هو المطالب به لانصراف الاطلاق الى ذمته فيلزم هو به في مقام النزاع والترافع وليس هذا تفصيلا فى مقام الثبوب كما تخيله المحقق النائيني (قده) بل هو انصراف في مقام الاثبات والنزاع ولذا يجري في طرف الثمن ايضا واما من حيث الثبوت فصحة البيع واقعا وعدمها مبتنية على قصد الذمة المعينة وعدمه .

هذا كله في تعيين البايع والمشتري في نفسه .

(١) لابد من التكلم هنا في جهات لم يتكلم المصنف (ره) الا في بعضها :

(الجهة الاولى) : هل يلزم معرفة المشتري من يقع عنه البيع انه الموجب او وكيله ومن هو الموكل وهل يلزم ان يعرف البايع المشتري بمعنى ان القابل نفس المشتري او وكيله اولا يعتبر سوى تعيين البايع بحسب قصد الموجب والمشتري بحسب قصد القابل مقتضى اطلاق قوله (اوفوا بالعقود وقوله (احل الله البيع) هو الثاني لعدم قيام دليل على التقييد ولا فرق بين العقود التي يكون المتعاقدان فيها ركنا للعقد كالنكاح او يكونان ركنا فيه كالبيع فيصح ان تزوج المرأة نفسها لمن قصده القابل سواء كان نفسه او غيره المعين عنده وكذا لا مانع من ان يطلب القابل ان يهب المالك ماله لمن قصده سواء كان نفسه او غيره المعين عنده وان لم يكن معينا عند الواهب وهكذا في الوصية يوصي بماله لمن قصده القابل سواء كان نفسه او شخصا اخر معينا عنده فان الواضح كون المراد من ركنية الطرفين هو تقوم العقد بهما لا لزوم تعين كل منهما عند الاخر .

(الجهة الثانية): اذا قصد الموجب الايجاب لشخص المخاطب وقصد القابل القبول لغيره كموكله فالظاهر فساده لانه يعتبر في العقد التطابق بين الايجاب والقبول بان يرد القبول على ماورد عليه الايجاب مثلا اذا زوجت المرأة نفسها

من الشخص المخاطب وقبل المخاطب التزويج لموكله فلا يصح لان ماورد عليه القبول وبالعكس وهذا اذا باع احد شيئا بثمن فى ذمة لشخص المخاطب فقبل بثمن فى ذمة موكله لم يتحقق التطابق بين الايجاب والقبول .

(نعم) فيما اذا كان الثمن اوالمبيع شخصيا وكان عدم التطابق من جهة الخطأ فى التطبيق صح العقد كما اذا قصد البايع البيع لشخص المشتري بثمن شخصي باعتقاد انه المالك له وكان المالك في الواقع موكله صح البيع لانهما قصدا حقيقته وقصد خصوص المشتري انما كان من الخطأ فلا اعتبار به .

(الجهة الثالثة): هي التي تكلم فيها المصنف (ره) وحاصلها انه اذالم يعلم ان الموجب قصد المخاطب بشخصه في مقام الايجاب او قصده الاعم من شخصه او كونه وكيلا عن الغير مثلا اذا قال الموجب زوجتك وقال القابل قبلت لموكلي فهل يجوز مثل هذا اولا فصل المصنف (قده) بين العقود وحاصل ماذكره ان لفظ الخطاب وان كان ظاهرا فى المخاطب بشخصه الا انه تبدل ظهوره الأولي بظهور ثانوي فى بعض العقود كالبيع لقرنية عامة وهي عدم كون خصوصية البايع والمشتري ملحوظة فيه غالبا فقول الموجب بعتك يكون ظاهرا فى ايجاب البيع للمخاطب اعم من كونه قابلا لنفسه اولموكله (نعم) في غير البيع من العقود كالاجارة او الهبة او النكاح يكون ظهور الخطاب باقيا على حاله ولم يتبدل بظهور ثانوي .

(والتحقيق) انه تارة يعلم ان الموجب قصد في الايجاب المخاطب بشخصه وحينئذ لا يجوز القبول لموكله (واخرى) يعلم انه قصد الاعم من كونه هو القابل او لموكله وفي هذا يجوز القبول لنفسه او عن موكله (وثالثة) لم يحرز قصده فلا يجوز القبول الا لنفسه لا لموكله .

(وبعبارة اخري) لابد في صحة القبول عن كل من احراز كون الايجاب

قوله ره : من شرايط المتعاقدين الاختيار (١)

للمخاطب اعم من نفسه او من موكله والا فلايصح القبول عن الموكل لان الشبهة مصداقية لا مفهومية لان مفهوم البيع واضح مبين وهو المبادلة بين المالين والشبهة في كون الايجاب الخاص مع القبول عن الموكل هل هو مصداق له ام لا فيكون التمسك بالعام حينئذ من التمسك به في الشبهة المصداقية .

(الجهة الرابعة) : ان الموجب اذا قصد الايجاب لموكل المخاطب فهل يجوز له بلفظ الخطاب كان يقول بعتك ويقصد البيع لموكله او يقول زوجتك ويقصد التزويج لموكله الظاهر عدم صحة ذلك الا فيما اذا كان للفظ ظهورر عرفي في المنشأ لانه يعتبر في العقد امران الاعتبار النفساني وابرازه خارجا بما هو مبرز له واما مالا يكون في العرف مبرزاً له كابراز المبادلة بين المالين بلفظ ضربت فلا يصح ذلك وفيما نحن فيه اذا ابرز علقة الزوجية بين المرأة وموكل القابل بلفظ زوجتك الذي هو غير مبرز اه لا يصح العقد وهذا ظاهر ولذا لايصدق الزوج على مجرى القبـــول .

(نعم) لايبعد كون بعتك مبرزا عرفا لانشاء العقد للمخاطب الاعم من كونه بنفسه مشتريا او الشراء لموكله .

الاختيار والاكراه

(١) قـد عرفت في المسألة السابقـة اعتبار قصد اللفظ والمعني لكون العقـد متقوما بامرين الاعتبار النفساني وابرازه بمبرز دال عليه ولا يتحقق الا بقصد اللفظ والمعنى وفي هذه المسألة يقع الكلام في اعتبار كون القصد ناشئا عن اختيار وليس المراد به الارادة في مقابل الجبر بل المراد به الرضا وطيب النفس ويستعمل كل

ذلك بمعنى وقد استعملت الارادة بمعنى الرضا في قوله (لاطلاق الا ارادة) (١) بان يكون الداعي له طيب نفسه ورضاه النفساني لا الأجبار من الغير والمعروف بين الخاصة اعتبار ذلك وخالفنا العامة في الطلاق جزما حيث ذهبوا الى صحة المكره ولعلهم يلتزمون به في سائر العقود والايقاعات ايضاً (٢)

وكيف كان فلا بد لنا من التكلم فى جهات :

(الجهة الاولى) : في بيان ما ذكره الشهيدان والعلامة اما الشهيدان فذكرا ان الفضولي والمكره قاصد ان اللفظ دون المعنى وظاهره ان فساد عقدهما ليس

(١) لم اجد هذا اللفظ فى الوسائل والمستدرك والموجود في الوسائل ج ٣ ص ١٥٤ باب ٣٦ قول ابي عبد الله (ع) الطلاق من غير استكراه ولا اضرار .

(٢) فى المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ١١٨ كتاب الطلاق قال لاتختلف الرواية عن احمد ان طلاق المكره لايقع وروي ذلك عن عمر وعلى وابن عمر وابن عباس وابن الزبير وجابر بن سمرة وبهقال عبد الله بن عبيد بن عمر وعكرمة والحسن وجابر ابن زيد وشريح وعطاء وطاوس وعمر بن عبد العزيز وابن عون وايوب السختياني ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وابو ثور وابو عبيد (واجازه) ابو قلابه والشعبي والنخعي والزهري والثوري وابو حنيفة وصاحباه لانه طلاق من مكلف فى محل يملكه فينفذ كطلاق غير المكره .

واختلف المذاهب في البيع ففي الفقه على المذاهب ج ٢ ص ٢٠٨ وما بعدها عند الحنابلة والمالكية والشافعية يشترط الاختيار واقعا فىنفوذ البيع وقال الحنفية كل عقد يكره عليه الشخص ينعقد غاية الامر اقواله التي يكره عليها منها ما يحتمل النسخ كالبيع والاجارة ومنهامالا يحتمله كالنكاح والطلاق والعتاق والنذر ففي الاول يقع البيع فاسدا فله ان يجيزه بعد زوال الاكراه وله ان يفسخه وفي الثاني يمضى عقد المكره وليس لهان ينقضه . (عبد الرزاق الموسوي المقرم)

من جهة فقدان طيب النفس وانما هو من جهة عدم قصد المعنى ويلوح ذلك من كلام العلامة (قده) حيث ذكر ان طلاق المكره صحيح اذا كان ناويا .

والمحتمل في عبارة الشهيدين وجوه (الاول) ان يراد بهما انهما غير قاصدين مدلول اللفظ نظير الهازل ومن هو في مقام عد الصيغة .

(ويرده) اولا انه خلاف الوجدان فان المكره والفضولي قاصدان المعنى قطعا (ثانيا) ان لازمه عدم نفوذ العقد بلحوق الاجازة والرضا وعليه فلم يتحقق عقد في الخارج اصلا (ثالثاً) عليه تكون فتواهما مطابقة لفتوى اهل السنة وهو كما ترى .

(الوجه الثاني) ان يكون المراد ما ذكره المصنف (قده) من كونهما قاصدي للفظ والمدلول وعدم قصدهما مضمون العقد وهو الاثر الشرعي او الممضي عند العقلاء لانهما يعلمان بعدم ترتب الاثر على عقدهما شرعا وعرفا .

(وفيه) انه لو اريد بالمضمون اعتبار المتعاملين فهو متحقق في افق النفس بعد قصد اللفظ والمدلول على ما هو المفروض لا محالة وان اريد به اعتبار العقلاء او الشارع (فأولاً) ليس الاكراه والفضولي مستلزما لذلك دائما بل انما يكون ذلك فيما اذا كان المكره او الفضولي عالما بفساد عقده والا فربما يقصد الامضاء الشرعي خصوصا الفضولي اذا اخطأ في التطبيق وتخيل كونه مالكا لمال غيره فباعه.

(وثانياً) انه لا دليل على اعتبار قصد ذلك في صحة المعاملة ولذا يصح من غير المتدينين ايضا مع اعتقادهما بالشرع فضلا عن قصدهما للامضاء الشرعي فهذا الاحتمال ممنوع صغرى وكبرى .

(الوجه الثالث) ان يراد من العبارة ما احتمله (المحقق النائيني) ـ قده ـ من عدم كونهما قاصدين لما هو ظاهر كلامهما فان ظاهر قول الموجب بعت انه مالك للبيع وانه يداعي طيب نفسه لا باكراه الغير ويستظهر المشتري منه ذلك والمفروض

انه لم يرد ذلك واراد غيره .

(وفيه) اولا انه قد يكون في البين قرينة على الفضولية وعلى الاكراه بل ربما يصرح بذلك للمشتري ومعها كيف يكون اللفظ ظاهراً في ذلك .

(وثانيا) قصد خلاف الظاهر بهذا المعنى لأي وجه يوجب فساد العقد والى الآن لم يظهر معنى صحيح لعبارة الشهيدين .

وأما عبارة العلامة (قده) فهي اجنبية عما نحن فيه بل راجعة الى مسألة اخرى وهي عدم تحقق الاكراه مع التمكن من التورية فاذا اكره احد على الطلاق وكان متمكنا من التورية فلم يفعل ونوى حقيقة الطلاق صح لعدم كونه مكرها عليه وفي ذيل العبارة شاهد عليه فراجع .

(الجهة الثانية) في دليل اعتبار طيب النفس في صحة العقود وهو امور :

(الاول) : قوله (تعالى) (لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض) فانه سبحانه وتعالى نهي عن تملك الاموال بجميع الاسباب سوى التجارة عن تراض والمراد بالتراضي ليس الارادة والاختيار كما توهمه بعض المحققين فانه خلاف الظاهر اولا وثانيا لو اريد به الارادة لزم اللغوفان التجارة متقومة بالارادة فذكر الرضا بمعناها بعدها يكون لغواً .

(الثاني) قوله (ص) لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه فان اسناد عدم الحل الى العين الخارجية ظاهر فى عدم حل جميع التصرفات حتى الاعتبارية فلا يستقر شيء منها الا بطيب النفس والمراد به الرضا لا الاختيار كما عرفت .

(الثالث) ما ورد فى الطلاق انه لاطلاق الا بارادة ولابد ان يراد بها الرضا دون ما يقابل الجبر فان الطلاق لاعن اختيار لايكون طلاقا عقلا فلا مجال لنفيه شرعا وبعدم القول بالفصل يثبت اعتباره في ساير العقود والايقاعات .

استدراك

لقد ذكرنا فى الاية المتقدمة (الا ان تكون تجارة عن تراض) ان المراد منه طيب النفس لاالاختيار في مقابل الاكراه وتقريبه بوجهين (الاول) ظهور الرضا في طيب النفس ولذا يصح ان يقال بعت مالي بدون رضاي فيما اذا باعه عن اكراه ولو كان الرضا بمعني الاختيار لم يصح السلب (الثاني) انه لو كان بمعنى الاختيار لزم اللغو لان التجارة متقومة بعنوان الاختيار فالتقييد به ثانيا لغو ظاهر (وتوضيحه) ان الاختيار افتعال من الخير بمعني طلب الخير وهو اعمال القدرة فيما يراه الانسان خيرا لنفسه .

ثم ان الفعل الاختياري فى مقابل الفعل الطبعي والقسري يكون على ثلاثة اقسام :

(الاول) ان يراه الفعل خيراً لترتب فائدة دنيوية او اخروية عليه كما اذا رأى ان المشتري يشتري متاعه بثمن جيد فيختار بيعه او يتصدق بما له الفقراء لان فيه فائدة اخروية فيختارها بطيب نفسه .

(الثاني) : ان يراه خيرا لنفسه بعنوان ثانوي كما اذا ابتلي بمرض وتوقف علاجه على بيعه داره وصرف الثمن في المعالجة فان بيع الدار حينئذ وان لم يكن خيرا له بعنوانه الاولي الا انه يراه خيرا لنفسه بالعنوان حيث يكون مقدمه لدفع ضرر خارجي متوجه اليه في نفسه اجنبي عن المعاملة وفي هذا الفرض يكون البايع طيب النفس للبيع ويحمد ربه (تعالى) على ماسهل عليه من بيع الدار لمعالجته .

(الثالث) ان يراه خيرا لنفسه بعنوان ترتب ضرر على نفس ترك المعاملة وفي هذا الفرض ولو كان الاختيار موجودا لانه يراه خيرا لنفسه بعنوان ثانوي الا انه ليس طيب النفس به وانما يغضبه ذلك ولذا لايحمد ربه (تعالى) على طلاق

زوجته ففي هذه الصورة الاختيار موجود دون الرضا ولابد من حمل التراض على هذه الصورة لئلا يلزم اللغو .

(الوجه الرابع) حديث الرفع والاستدلال به على مااخترناه من عدم الحاجة الى التقدير فيه واضح فان لكل من الافعال التي تعلق بها الحكم الشرعي او جعل موضوعا لحكم شرعي موجود في عالم التشريع فيصح اسناد الرفع اليه حقيقة فيكون المعنى رفع المتعلق للحكم او الموضوع لحكم شرعي اذا تحقق عن اكراه او اضطرا او خطأ ومعنى رفعه عدم تعلق الحكم به وعدم كونه موضوعا للاثر الشرعي .

(وعليه) فيستفاد منه رفع الاحكام الوضعية عند الاكراه بلا حاجة الى التمسك باستشهاد الامام (ع) به لفساد الحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك وان كان يستفاد منه الكبرى الكلية اعني رفع الاثار الوضعية بحديث الرفع وان كان الحلف بغير الله (تعالى) باطلا عندنا .

ثم انه ظهر من مطاوي ما ذكرناه امران :

(الاول) : انه اذا اضطر الانسان الى معاملة لكونها مقدمة لدفع ضرر أهم متوجه اليه كما في الفرض الثاني من الفروض الثلاثة المتقدمة فهل يحكم فيه بالفساد للإضطرار املا والتمسك للفساد بالاية المباركة او النبوي المتقدم لا وجه له لتحقق طيب النفس والرضا في المعاملة الصادرة عن اضطرار كما عرفت .

نعم ربما يتوهم الاستدلال على ذلك بحديث الرفع لاشتماله على رفع مااضطروا اليه ولكن لا يقام له وزن لورود حديث الرفع مورد الامتنان وليس رفع الاثار الوضعية في مورد الاضطرار امتنانا على الامة بل هو مناف للإمتنان (نعم) ارتفاع الحكم التكليفي كحرمة الخمر اذا اضطر الى شربه موافق للإمتنان.

(الثاني) ان الاكراه اذا كان عن حق كاكراه النبي (ص) او الامام (ع) او ولي الامر على معاملة لايوجب فسادها والا كان الاكراه لغواً بل لم يكن اكراه

على المعاملة وانما هو اكراه على مجرد اللفظ وحينئذ اذا اكره المحتكر على بيع الطعام او المديون على اداء دينه او الممتنع عن الإنفاق على زوجته على طلاقها صح ذلك لانه اكراه عن حق .

(وحاصل الكلام) في المقام ان الصحيح اعتبار طيب النفس في المعاملة وقد استدللنا عليه بالنبوي المعروف وهو قوله (ص) لايحل مال امرء مسلم الاعن طيب نفسه وقوله (تعالى) الا ان تكون تجارة عن تراض وذكرنا ان المراد بالتراضي طيب النفس الا الإرادة ولا مباديها فان التجارة من العناوين القصدية وليست من قبيل الأفعال الخارجية كالأكل والشرب ونحوه فهي متقومة بالقصد ولايتحقق بدون الإرادة ومباديها فلآبد وان يراد بالتراضي طيب النفس لئلا يلزم اللغوية هذا مع امكان الإستدلال على فساد معاملة المكره بحديث الرفع .

(اذا عرفت ذلك) فلابد من التكلم في جهات :

(الأولى) : انه بناء على التمسك لبطلان معاملة المكره بحديث الرفع لابد في بطلان المعاملة من وجود مكره على ذلك والا فلا يتحقق الإكراه (وعليه) فاذا اعتقد احد وجود مكره لهعلى بيع داره مثلا فباعها ولم يكن فيالواقع مكره صح ذلك البيع بناء على كون الوجه في البطلان حديث الرفع على ما ذكره السيد في (الحاشية) فانه ناقش في دلالة الآية بدعوى ظهور التراضي في الإرادة لتقوم الإكراه بوجود المكره فلا اكراه .

أما على ما سلكناه من كون الفساد من جهة عدم طيب النفس فيفسد البيع لذلك لأن طيب النفس امر قلبي يتبع الإعتقاد فاذا اعتقد وجود المكره فباع لم يكن بيعه صادرا عن الرضي النفساني ولولم يكن هناك مكره واقعا واذا انعكس الامر ينعكس كما اذا كان هناك مكره على بيع داره ولم يحرزه البايع لعدم معرفته بلغته فباع داره صح بيعه لصدوره عن طيب نفسه .

فالثمرة تظهر بين مسلكنا وما ذهب اليه المصنف (ره) والسيد في الحاشية في صورة اعتقاد وجود المكره له على بيع داره فباعها مع فرض عدم وجود المكره في الواقع .

(الجهة الثانية) هل يعتبر في الاكراه كون الضرر المترتب على الترك صادرا من الآمر او يكفي ترتبه ولو من غيره مثلا اذا امره احد ببيع داره ولم يكن الضرر على الترك مترتبا من قبله بل يحصل الضرر من قبل شخص اخر كما اذا كان الاخر عزيزا عند السلطان وظن صاحب الدار ان مخالفة عزيز السلطان تحمل السلطات على اضراره فاذا باع الدار في هذا الحال فهل يفسد البيع اولا الظاهر فساده اما بناء على طيب النفس فواضح لعدم تحققه في الفرض واما بناء على مانعية الاكراه فلأن امر الآخر وان لم يكن اكراها الا انه موضوع لامر السلطان واكراهه وترتب الضرر على مخالفته ونظيره ما اذا امر السلطان شخصا ببيع داره ومضى فان الضرر على الترك يكون من قبيل خدمه وشرطته فان امر السلطان يكون موضوعا لاكراه الخدم فالاكراه موجود لا محالة .

(واما اذا فرضنا) ان الضرر المتوجه على الترك سماوي كما اذا علم البايع انه اذا خالف امر السيد او المؤمن الخاص ببيع داره فلم يفعل يتضرر بمرض او موت او نحوهما فباعها فالظاهر صحة البيع لما عرفت ان اكراه الشارع على المعاملة لا يوجب فسادها لأن الشارع هو المالك حقيقة ومرجع اكراهه الى الرخصة في المعاملة وامضائها فى مورد خاص وان فرضنا صدور المعاملة عن غير طيب النفس والالازم اللغو كما عرفت ولذا لم يستشكل احد فى صحة الوقف لو بني احد مسجدا خوفا من زوال نعمه اذا لم يفعله ولم يقل احد ببقاء ذلك على ملك مالكه .

(الجهة الثالثة) هل يعتبر في الاكراه الظن بالضرر او يكفي الاطمئنان او احتمال الخوف ظاهر المصنف (ره) اعتبار الظن ولا يبعد ذلك بناء على ان الموجب

قوله ره : هل يعتبر في موضوع الاكراه الخ (١)

للفساد هو عنوان الاكراه وربما يقال بتقومه بظن الضرر وان كان قابلا للمناقشة واما بناء على المختار فلا ينبغي الاشكال في كفاية الاحتمال ولذا اذا قال لهاحد : بع دارك والاحبستك فاحتمل صاحب الدار ان الآمر رجل عادي لايتمكن من حبسه ثم احتمل انه حاكم البلد فخاف منه وباع داره فلا يكون هذا البيع عن طيب نفس بالضرورة فيقع باطلا .

التورية

(١) هذه الجهة الرابعة ممايتعلق بالاكراه وهي هل يعتبر فى صدق الاكراه اعتبار عدم التمكن من التفصي بالتورية او بغيرها اولا يعتبر اقوال (ثالثها) التفصيل بين الاكراه على المعاملة والاكراه على غيرها من الافعال كالشرب ونحوها فيعتبر ذلك فيها دون المعاملات (ورابعها) التفصيل بين امكان التفصي بغير التورية فينافي الاكراه وبين امكان التفصي بالتورية فقط فلا يخل بصدق الاكراه (خامسها) التفصيل بين الحكم والموضوع فيقال باعتبار عدم التمكن من التفصي في صدق الاكراه موضوعا وعدم اعتباره فيه حكما فاذا اكره احد على بيع داره وامكنه التفصى فلم يفعل وباع الدار كان فاسدا وان لم يصدق عليه عنوان الاكراه .

ثم ليعلم ان التورية لا تختص باللفظ الموهم للمخاطب او السامع خلاف ما قصده المتكلم بل هي عبارة عن مطلق الابهام وقد فسرت به فتعم التورية في القول او الفعل فاذا فعل الانسان فعلاً أوهم للغير وقوع فعل آخر كان مصداقاً للتورية فالتورية تارة تكون في القول واخرى في الفعل كما اذا اكره على شرب الخمر - مثلاً - فصبه في جيبه بنحو تخيل المكره انه شربه فلا وجه لماصنعه بعض المحققين من التمثيل لما اذا تمكن المكلف من التفصي بغير التورية .

وقوع فعل آخر كان مصداقاً للتورية فالتورية تارة تكون في القول واخرى في الفعل كما اذا اكره على شرب الخمر مثلاً فصبه في جيبه بنحو تخيل المكره شربه .

« وعليه » فلاوجه لما صنعه بعض المحققين من التمثيل لما اذا تمكن المكلف من التفصي بغير التورية بالتورية في الفعل كالمثال المتقدم فانه من التورية في الفعل .

اذا عرفت ذلك نقول : الذي ينبغي ان يقال هو ان الاكراه لاموضوعية له في فساد المعاملة الصادرة عن اكراه وانما الموضوع للبطلان عدم تحقق طيب النفس الذي هو معتبر في صحة المعاملة . وانما نحكم بصحة المعاملة الصادرة عن اكراه من جهة فقدانها طيب النفس .

« وعليه » فاذا اكره احد على معاملة كبيع داره ـ مثلاً ـ وكان متمكناً من التفصي وقد مثل له المصنف بما اذا كان المكره ـ بالفتح ـ جالساً في حجرته وحده فاكرهه المكره على بيع داره وكان له خدم خارج الغرفة وكان متمكناً من الاستعانة بهم في رفع المكره ـ بالفتح ـ من دون استلزامها الحرج او الضرر او المشقة التي لاتتحمل عادة فلم يفعل وباع داره فالظاهر صحته لصدوره عن طيب النفس والرضا وليس صادراً عن الاكراه . لانا ذكرنا ان الميزان في صدور المعاملة عن اكراه ان تكون صادرة عن خوف ضرر مالي اوعرضي اوبدني والمفروض في المقام عدم صدور البيع عن ذلك فلا محالة يكون صادراً عن طيب نفسه ولولم يكن راضياً به لم يفعله .

فلا وجه لما ذهب اليه المصنف (ره) من فساد ذلك لعدم صدوره عن طيب النفس وفصل بين تعلق الاكراه بهذا النحو بالمعاملة فيوجب فسادها لاستلزامه صدورها لاعن طيب النفس وبين تعلقه بغيرها كشرب الخمر ـ مثلاً ـ فلا يوجب رفع حرمته لعدم صدق الاكراه مع التمكن من التفصي بدون ضرر وحرج ومشقة فالتفصيل بين المعاملات وغيرها من الاكراه لاوجه له .

« وأما ماورد » في رواية ابن سنان عن الصادق (ع) لايمين فى قطيعة رحم ولا فى جبر ولا في اكراه ، قلت اصلحك الله ، وما الفرق بين الجبر والاكراه ، قال : الجبر من السلطان ويكون الاكراه من الزوجة والام والاب وليس ذلك بشيء . فلا يستفاد منه عدم اعتبار عدم التمكن من التفصي في صدق الاكراه فان الاكراه من الأب والأم والزوجة لايمكن التفصي عنه ويترتب على مخالفتهم اختلال امور معائش الانسان وأي ضرر اعظم منه .

« وأما التفصيل » بين التمكن من التفصي بالتورية فقط وبغيرها ايضاً كما صرح به في المتن بدعوى انه عند التمكن من التفصي بالتورية يترتب الضرر على ترك الفعل ولو بنحو القضية الشرطية ، اى اذا علم المكره بذلك ضره ويكفي هذا فى صدق الاكراه وهذه القضية الشرطية غير متحققة عند التمكن من التفصي بغير التوريـة .

(ففيـه) انـه لم ندر من اي لغوى عرف المصنف (ره) تقوم الاكراه بالقضية الشرطية ومن فسره بذلك ؟ حتى مع القطع بعدم تحقق المقدم وان المكره لايعرف ذلك بل دائرة الإكراه اضيق من ذلك .

« نعم » اذا احتمل بالإحتمال العقلائي ان المكره يعرف ذلك وحصل له الخوف حرم ذاك التورية وتحقق عنوان الاكراه ، فهو متقوم بالقضية الشرطية مع احتمال وصول الأمر الى المكره لامع القطع بعدمه ، فهذا التفصيل ايضاً ساقط .

« وبالجملة » لافرق فى اعتبار عدم التمكن من التفصي في صدق الاكراه ورفعه للآثار بين الآثار التكليفية والوضعية فاذا اكره أحدعلى معاملة وكان متمكنا من التفصي ولم يفعل كما في المثال المتقدم لايكون الاكراه رافعاً لاثر المعاملة لأنها حينئذتكون صادرة عن طيب النفس لعدم كونها صادرة عن الخوف فتكون صحيحة كما اذا اكره على شرب الخمر مثلا وكان متمكناً عن التفصي لايكون مثل هذا

الاكراه رافعاً للحكم التكليفي ، فالتفصيل بينهما بدعوى عدم طيب النفس في المعاملة فاسدة .

كما ان التفصيل في امكان التفصي بالتورية فقط وبغيرها والقول بارتفاع الأثر بالاكراه فى الاول لصدق القضية الشرطية دون الثاني لعدم صدقها ايضاً فاسد إذ لايكفي في تحقق الاكراه مجرد القضية الشرطية مع الجزم بعدم تحقق مقدمها وان المكره ـ بالفتح ـ لايعلم بالتورية ، بل لابد في تحقق الاكراه من احتمال ذلك المورث للخوف فان التورية حينئذٍ تكون محرمة فيتحقق عنوان الاكراه ولو مع التمكن منها .

« واما ماستدل به المصنف ـ ره ـ » في عدم اعتبار العجز عن التفصي بالتورية من اطلاقات كلمات الاصحاب والاخبار وحملها على فرض العجز من الحمل على الفرد النادر . فعجيب منه (قده) لأن موضوع الروايات وكلماتهم انما هو عنوان الاكراه فاذا فرض تقومه بالعجز لايعم غيره ليكون تخصيصه بصورة العجز من الحمل على الفرد النادر بل لايعمها الموضوع رأساً .

« واما التمسك » بحديث عمار وتقريره (ص) إياه على عدم التورية حيث لم ينبه النبي (ص) عماراً بها ، ففيه :

(أولا) : أن جلالة قدر عمار يقتضي انه ورّى فى ذلك ولم يقصد الكفر والتبري من النبي (ص) ودينه حقيقة ، فاظهر الكفر صورة ، كما ان الكافر اذا اكره على الشهادتين يورّى فيهما من دون قصد المعني وعقد القلب عليهما . ولذا لم يأمر النبي (ص) بها .

(ثانياً) : لايبعد القول بعدم امكام التورية في اظهار الكفر والتبرى كما لايمكن ذلك في السب والهتك ، فلا يكون التورية رافعاً لحرمته . مثلا : اذا سب احد بعض الاكابر علناً على رؤس الاشهاد وقصد في نفسه شخصاً فاجراً لضرب

قوله (ره) : لو اكرهه على بيع واحد غير معين (١)

على فعله لان مجرد قصد غيره لايرفع عنوان هتك المؤمن الكبير وقبحه ، فليس في عدم تنبيه النبي (ص) للتورية تقرير لعدم لزومها .

والظاهر ان ما ذكره المصنف « ره » من صراحة بعض الاخبار بحسب المورد في فرض التمكن من التورية اراد به حديث عمار ، لان غيره لاظهورله فى ذلك فضلا عن الصراحة .

« واما التمسك » برواية ابن سنان المتقدمة . بدعوى ان الغالب التمكن من التفصى عن اكراه الوالدين والزوجة ، فغير تام ايضاً . لما عرفت ان الموضوع فيها عنوان اكراه الزوجة فلا يعم الا صورة عدم التمكن من مخالفتهم وترتب الضرر عليهـا .

« نعم » يستفاد منها أمر ، وهو كفاية الضرر الخفيف فى رفع الأثر الوضعي كاليمين وان لم يكن رافعاً للأثر التكليفي كالحرمة لضعفه وقلته فتأمل. لان الغالب ان الضرر المترتب على مخالفة الابوين او الزوجة ضعيف جداً مثل النزاع والجدال الداخلي ، لايرفع الحكم التكليفي ولذا لايكتفي بمثله في رفع الحرمة اذا اكره الزوجة زوجها على شرب الخمر ولا يترتب على تركه الا الاختلال الداخلي ولكن يرتفع به الاثر الوضعي في المعاملات ومنها اليمين فتأمل . فالصحيح اعتبار العجز عن التفصي في صدق الاكراه .

« واما التفصيل » بين الاكراه من حيث الموضوع دون الحكم ، بدعوى ان جريان حكم الاكراه مع القدرة على التورية تعبدي ، فلم نعرف له وجهاً لان ذلك يحتاج الى قيام الدليل على ثبوت حكم الإكراه لغير الإكراه وهو مفقود هذا كله في بيان اصل الإكراه فيقع الكلام فى فروعه .

(١) المحكي عن جماعة صحة العقد اذا اكره على الجامع بينه وبين غيره كما اذا

اكره على بيع داره او طلاق زوجته فطلقهـا بدعوى ان ماوقع في الخارج ليس بشخصه متعلقا للإكراه لأن الإكراه انما تعلق بالجـامع دون الشخص فهو صادر عن طيب النفس فيترتب عليه الأثر . وقد اورد عليه المصنف (ره) .

(أولا) : بالنقض وان الاكراه على الجامع لولم يكن رافعاً لاثر ماوقع في الخارج لكونه واقعاً عن طيب النفس لزم عدم ترتب الأثر على الإكراه مطلقاً لأن الإكراه دائما يكون على الجامع والطبيعي والخصوصيات تكون خارجة عن حيز الإكراه مثلاً . يكره على البيع واما من حيث الخصوصيات الشخصية من المكان والزمان والفارسية وغيرها ، فلم يتعلق بها اكراه ويكون تحققها بطيب النفس .

(وفيه) : أن النقض غير وارد لأن الخصوصيات على قسمين :

« منها » : ماتكون دخيلة في موضوع الأثر بل تكون هي الموضوع حقيقة كما في الإكراه على الجامع بين البيع والطلاق ، فان خصوصية الطلاق هي المؤثر في اثر البينونة والمفروض تحققهـا بطيب النفس ، وليس ذاك الأثر مترتبـاً على الجـامع الذي تعلق به الإكراه فما تعلق به الإكراه ليس موضوعـاً للأثر وما هو الموضوع للاثر لم يتعلق به الاكراه .

و« منها »: مالاتكون دخيلة في الأثر اصلاً كالخصوصيات الشخصية في البيع فانها وان لم تكن متعلقة للإكراه الا انها لايترتب عليهـا أثر أصلاً ، وانمـا الأثر للطبيعي والمفروض تعلق الإكراه به ، فلا يقاس احدى الخصوصيتين بالاخرى .

والذى ينبغي ان يقال : انه اذا تعلق الاكراه بالجامع بين الافراد العرضية ولو انتزاعياً ليس كل من افراده بخصوصه متعلقاً للاكراه لما عرفت من ان الفعل انما يكون مكرهاً عليه فيما اذا كان صادراً عن خوف ترتب ضرر على تركه ، ومن الواضح ان ترك كل من الأفراد او الفردين العرضيين لايترتب على تركـه الضرر اذا كان تركاً الى بدل ، اي تركه باتيـان الفرد الآخر وهكـذا العكس ، فليست

الافراد حينئذ مكرهاً عليها ، وانما هي مصداق للمكره عليه لانفسه وكذلك الحال في الاضطرار الى الجامع .

وقد ذكرنا في بحث الأوامر ان متعلق الأمر في الوجوب التخييري ليس الا عنوان احد الأشياء ، او الشيئين ، وأما الأفراد بخصوصياتها فليست متعلقة للامر. مثلاً اذا قال المولى صل او صم ليس المأمور به خصوص الصوم ولاخصوص الصلاة ، بحيث من يختار الصلاة كانت هي الواجبة في حقه ، ومن اختار الصوم كان هو الواجب عليه ، فانه مناف للإشتراك فى التكليف ، بل كل من الأفراد يكون مصداقاً للمأمور به ، ويجري هذا في تعلق كل من الإكراه او الاضطرار الى الجامع .

اذا عرفت هذا « نقول » : صور الاكراه على الجامع خمسة . لانه « تارة » يتعلق الإكراه او الإضطرار بالجامع بين محرمين فيكرهه على احد الأمرين من شرب الخمر او قتل النفس . و « أخرى » ، يتعلق بالجامع بين الحرام والمباح . و «ثالثة» يتعلق بالجامع بين المباح والمعاملة . و «رابعة» يتعلق باحدى المعاملتين بالمعنى الشامل للعقود والإيقاعات . و « خامسة » يتعلق بالجامع بين الحرام والمعاملة اى بين ماتعلق به الحكم التكليفي والوضعي .

« أما الصورة الأولى » : وهي تعلق الاكراه باحد المحرمين ، فقد عرفت ان كلاً منهما بخصوصه ليس مكرهاً عليه ، وانما الاكراه متعلق بالجامع فترتفع حرمته بالإكراه فيجوز ارتكابه بل قد يجب ، ولكن بما ان الجامع لايمكن ايجاده الافي ضمن احدى الخصوصيتين فمقدمة لارتكاب الجامع المكره عليه ، يضطر المكلف بارتكاب احدى الخصوصيتين فيثبت الترخيص في احداهما بنحو التخيير . فاذا أتى بالجامع في ضمن احداهما لم يرتكب محرماً .

« نعم » . اذا أتى بالجامع في ضمن كلتا الخصوصيتين ، فقد ارتكب المحرم لعدم ثبوت الترخيص الا في احدهما . فاذا كانت الخصوصيتان متساويتين في

الأهمية يتخير المكلف بينهما ، وان كان احداهما اهم ، كما اذا اكره على شرب الخمر او شرب الماء المتنجس تعين ارتكاب المهم دون الأهم ، لأن شرب الخمر في المثال مشتمل على شرب النجس وزيادة .

« وأما الصورة الثانية » : وهي الإكراه على الجامع بين الحرام والمباح ، فهو غير رافع لحرمة الحرام ، وان صدق الإكراه الى الجامع بينه وبين المباح . ولا اثر لمثل هذا الاكراه لأن الجامع بين الحرام والمباح لم يكن حراماً ، وليس المكلف مضطراً الى ارتكاب الخصوصية المحرمة مقدمة لإرتكاب الجامع الذي اكره عليه ، بل يكون المقام نظير ماذا كان المكلف متمكناً من التفصى بغير التورية .

« وأما الصورة الثالثة » : وهي تعلق الإكراه بالجامع بين المباح والمعاملة ، كما اذا اكره احد على السكوت او بيع داره مثلا ، فالإكراه فيها ايضاً لا يرفع أثر المعاملة اذا اختارها ، لما تقدم في الصورة السابقة ، فان المعاملة في الفرض تكون صادرة عن طيب النفس ، اذ لانعني بها الا مايقابل المعاملة الصادرة عن الخوف ، ومن الظاهر ان الاقدام عليها في الفرض ليس من أجل الخوف على الترك فتصح .

ومن هناظهر الحال ، فيما اذا اكره على الجامع بين المعاملة الصحيحة والفاسدة بان قال له : بع دارك او اوقع معاملة غررية مثلا ، فان الإكراه على الفاسدة لا أثر لها ، فاذا اختار الصحيحة صحت اذا كان عالماً بفساد المعاملة الغررية ، لصدورها عن طيب النفس لا الإكراه ، ولا الإضطرار الجامع بينهما خوف الضرر على الترك اذ ليس في ترك الصحيحة ضرر ليكون صدورها عن اكراه او اضطرار . وهكذا ظهر الحال اذا اكره على الجامع بين المعاملة الصحيحة وما يكون مورد حق الغير ، كما اذا اكره على الجامع بين بيع داره وإيفاء دينه .

« وأما الصورة الرابعة » : وهي ما اذا اكره على احد المعاملتين كطلاق زوجته اوبيع داره ، فتفسد فيها المعاملة التي يختاره المكره ، وذلك لان الإكراه وان

لم يتعلق بكل من المعاملتين ، وانما تعلق بالجامع ، الا انك عرفت اضطرار المكره الى ارتكاب احدى الخصوصيتين مقدمة لدفع الضرر المترتب على ترك الجامع ، فهو مضطر الى احدى المعاملتين ، وهذا الاضطرار يرفع الأثر عما يختاره المكره خارجاً .

وهذا الاضطرار لايقاس بالإضطرار الذى قلنا بعدم كونه رافعاً للاثر الوضعي ، لأن شمول حديث الرفع له خلاف الإمتنان ، وذلك ، لأن الإضطرار هناك كان ناشئاً عن الضرر الخارجي ، وفي المقام الإضطرار ناش من ضرر داخلي اعني الضرر المترتب على ترك الجامع من جهة الإكراه عليه وهذا رافع للاثر الوضعي ايضاً ، بل ينافي طيب النفس .

« وأما الصورة الخامسة » : وهي ماءاذا تعلق الإكراه بالجامع بين الحكم التكليفي والوضعي ، كما اذا اكره على بيع داره او شرب الخمر مثلا . فلابد من التكلم فيها من وجهين . احدهما من حيث الحكم التكليفي وانه يرتفع الحرمة بالإكراه اولا ؟ وثانيهما من حيث الحكم الوضعي .

« أما الحكم التكليفي » فالظاهر عدم ارتفاعه ، وذلك ، لأن المعاملة ليست من المحرمات وانما هي من المباحات ، فيكون المقام من قبيل الإكراه على الجامع بين الحرام والمباح ، فيكون المكلف متمكنا من التفصى عن ارتكاب الحرام باختيار المعاملة ، فالحرمة لاترتفع بذلك .

« وأما الحكم الوضعي » اذا اختار البيع . فالظاهر عدم ترتبه عليه ، وذلك ، لصدوره عن خوف ترتب الضرر على الترك ، بعد فرض بقاء الحرمة في الطرف الآخر . « وبعبارة أخرى » شرب الخمر ضرر في نفسه فيترتب على ترك البيع احد ضررين : اما شرب الخمر . واما الضرر المتوعد عليه من طرف المكره ، فليس صادراً عن طيب النفس بل يكون صادراً عن خوف الضرر ، الجامع بين الإكراه

والإضطرار . هذا كله في الإكراه على الجامع بين الأفراد العرضية .

« وأما الإكراه » على الجامع بين الأفراد الطولية ، كما اذا اكره على فعل محرم فى اليوم او فى الغد ـ مثلاً ـ او اكره على بيع داره في اليوم او بعده ، فهل يكون رافعاً للأثر عن احدهما ، من غير فرق بين الفرد السابق واللاحق في الاحكام التكليفية والوضعية ، اولا يكون رافعاً للأثر الا عن الفرد اللاحق مطلقا ، او يفصل بين التكاليف والوضعيات ، فى التكليفيات لايرتفع الأثر الا عن الفرد اللاحق بخلاف الوضعيات ، فانه يرتفع الاثر بالإكراه فيه ولو اختار الفرد السابق لسراية الاكراه اليه ، ولتساوي الفردين بالنسبة الى الجامع المكره عليه ، كما ذكره المحقق النائيني « ره » وذكر في الاصول تعين الفرد السابق فى التكليفيات ، في صورة واحدة :

وهي ماذا كان الفرد اللاحق اهم في نظر الشارع ، كما اذا اكره على شرب النجس فى اليوم او قتل مؤمن في الغد ، فانه يتعين عليه دفع الإكراه بالفرد السابق واختياره ، لأن أهمية الفرد اللاحق يكون معجزا شرعياً عنه فيجب حفظ القدرة على الفرد اللاحق بارتكاب الفرد السابق ؟

« ونقول » : أما ما افاده فى فرض اهمية اللاحق ، فهو تام « وأما ما ذكره » من التفصيل ، فغير تام .

« توضيح ذلك » : ان الإكراه على الجامع بين الافراد الطولية لايوجب كون الفرد السابق صادراً عن خوف الضرر على تركه الذي هوالجامع بين الإكراه والإضطرار ، لعدم ترتب ضرر على تركه فى نفسه ، وانما يترتب الضرر على تركه المنظم الى ترك الفرد اللاحق ، ولذا لايجوز للمكلف ارتكابه .

وهكذا الحال في التكاليف الوجوبية ، اذا اكره المكلف على ترك احد

واجبين طولين لايجوز له ترك الفرد الأول حفظاً للقدرة علي ارتكاب الفرد اللاحق . بل لابد له من الاتيان بالواجب المتقدم ، فيتعين ترتب الضرر على الثاني فيجوز تركه لا محالة .

« نعم » يختص ما ذكرناه ، بالواجبات الاستقلالية ، دون الضمنية ، كما اذا اكره او اضطر الى ترك التشهد مثلا ، في الركعة الثانية او الرابعة ، فانه لايتعين فيه ترك الفرد اللاحق والاتيان بالسابق الا في الموارد المنصوصة . « وذلك » لان الأمر بالمركب يسقط بتعذر بعض اجزائه لامحالة .

« الا انه » فى الصلاة ثبت الأمر بالمقدار الميسور منها ، اما للإجماع ، او للروايات ، او لغير ذلك . وهذا الأمر الحادث بعد التعذر يدور أمره ، بين ان يكون متعلقاً بالصلوة مع التشهد في الركعة الثانية ، او بخصوص الصلاة مع التشهد فى الركعة الأخيرة ، او مع التشهد في الجملة ، فيكون من صغريات دوران الأمر بين التعين والتخيير ، وقد بينا في الأصول ان الأصل يقتضي البراءة عن التعيين ، فلا يقاس الإضطرار او الإكراه بالجامع في الواجبات الضمنية بالواجبات الاستقلالية ، لأن الشك هناك في سقوط التكليف عن الفرد الأول بالإكراه بالجامع وفي المقام فى حدوث التكليف وتعلقه بخصوص الفرد الأول .

« نعم » في بعض الأجزاء يظهر من الأدلة تعين الإتيان بالفرد السابق مع الإضطرار الى ترك الجامع ، كالقيام ، لقوله (ع) : اذا قوى فليقم . فانه يصدق التمكن منه في الركعة الأولى ، اذا لم يتمكن منه الا فى إحدى الركعات . هذا كله في التكاليف .

وقد ظهر الحال في الوضعيات ايضاً ، فان الفرد السابق من المعاملة التي اكره على الجامع بينها وبين الفرد اللاحق ليس مما يخاف الضرر على تركها في نفسه الا منضما بترك الآخر ، ليكون مكرهاً عليها اومضطراً اليها ، فاذا اختارها المكره كان

قوله (ره) : ثم إن اكره أحد الشخصين . . . الخ (١)

صدورها عن طيب نفسه واختياره ، فتصح . وهذا بخلاف الفرد اللاحق ، فانه يصدر عن خوف الضرر على تركه بعدما ترك الفرد الأول لا محالة .

« نعم » بناءً على ما اختاره في المتن من عدم تحقق طيب النفس بمجرد الإكراه مع امكان التفصي بالخروج عن المحل الذي هو فيه ، ولو لم يكن فيه حرج ولاضرر ولامشقة ، امكن القول بعدم ترتب الأثر على الفرد الأول من المعاملة في المقام ، اذا اختارها ، الا انك عرفت فساد المبني .

(١) اكراه احد الشخصين ، او الاشخاص ، يكون نظير الواجب الكفائي الذي ذكرنا تعلق الوجوب فيهبالجامع بين الشخصين اوالاشخاص ،ففى اكراه أحد الشخصين ايضاً يكون متعلق الإكراه هو الجامع بينهما ، وهو « تارة » يكون في مورد الاحكام التكليفية ، و « اخرى » فى الاحكام الوضعية . وعلىالثاني « تارة » يكون المكره عليه متعدداً مع قطع النظر عن المصدر و « اخرى » يكون تعدده بلحاظ المصدر ، فالاقسام ثلاثة .

« اما القسم الأول » : أعني اكراه أحد الشخصين على فعل محرم ، فالظاهر انه لايرفع الأثر التكليفى ـ اي الحرمة ـ عن فعل كل منهما ، الا اذا إطمأن بأن الآخر لايأتي به ، اواحتمل ذلك احتمالا عقلائياً لخوف الضرر علىتركه . «وذلك» لأن التكليف ينحل الى تكاليف عديدة بحسب أفراد المكلفين ، ويكون لكل منهم تكليفاً مغايراً لتكليف الآخر اجنبياً عنه . ولايسقط التكليف عن كل منهما الا اذا اطمأن بالضرر ،فانه حجة، اواحتمله احتمالا عقلائياً ، «والا» فاذا احتمل انالآخر يرتكبه ، لكونه غير مبال بالدين مثلا ، بحيث ارتفع عنه خوف الضرر على الترك فالتكليف المتعلق به باق لابد له من إمتثاله ، ولايجوز مخالفته .

« وأما القسم الثاني » : وهو ماا اذا تعلق الإكراه بالجامع بين الشخصين في

قوله (ره) : واعلم ان الإكراه قد يتعلق . . . الخ (١)

الوضعيات مع فرض تعدد المكره عليه في نفسه ، كما اذا اكره الجائر احد الشخصين علي بيع داره ، فان بيع كل من الدارين في نفسه يغاير بيع الدار الآخر وهذا القسم يكون ملحقاً بالقسم الاول ، فان كلا منهما ان احتمل عقلائياً رافعاً للخوف صدور البيع من الآخر ومع ذلك أقدم على بيع داره ، لامحالة يكون بيعه بطيب نفسه ، ولا يكون صادراً عن خوف الضرر ، ، فيكون صحيحاً . وأما اذا لم يحتمل ذلك ، او احتمله ولم يكن احتمالاً رافعاً للخوف ، فيكون العقد الصادر منه مستنداً الى الخوف ، فيكون فاسداً .

« وأما القسم الثالث » : وهو الفرض مع اتحاد المكره عليه في نفسه وكون تغايره بلحاظ تغاير المصدر ، كما اذا اكره احد الوكيلين على بيع دار موكله الشخصية فان المكره عليه حينئذ يكون امراً شخصياً خارجياً والإختلاف يكون من ناحية مصدر بيع الدار الشخصية ، او نفرض تعلق الإكراه بما يعم الوكيلين والموكل .

« والظاهر » ارتفاع الأثر عن العقد فى هذا القسم على جميع التقادير « وذلك » لآن موضوع الأثر فيه ليس هو العقد الصادر عن الوكيل بمعناه المصدري ، وانما هو العقد المستند الى الموكل بالمعنى الأسم المصدري ، والعقد بهذا المعنى ـ اي العقد المستند الى الموكل ـ لايكون صادراً عن طيب النفس ، بل يكون صادراً عن اكراه ولو لم يكن بمعناه المصدري كذلك .

« وبعبارة اخرى » مورد الامضاء الشرعي هو العقد الصادر عن الجامع بين الوكيلين لاعن خصوص كل منهما ، والمفروض كون العقد الصادر عن الجامع مكرهاً عليه ، فيكون فاسداً سواء علم المصدر بعدم اقدام الآخر عليه او احتمله او علم بخلافه .

(١) صور المسألة ثلاثة : لانه قد يتعلق الإكراه بالمالك العاقد كما هو الغالب

وقد يتعلق بالمالك دون العاقد . وقد ينعكس الأمر فيتعلق الإكراه بالعاقد دون المالك .

« أما الصورة الأولى » : فقدتقدم الكلام فيها وان الإكراه فيها رافع للأثر ، سواء كان وضعياً او تكليفياً على تفصيل تقدم .

و « أما الصورة الثانية » : كما اذا اكره المالك على توكيل غيره في بيع داره ، وبعد تحقق الوكالة باعها الوكيل باختياره وطيب نفسه ، فالإكراه فيها لامحالة تكون في التوكيل ، فيكون فاسداً . فان حصل للمالك طيب النفس بالوكالة في اثناء الإكراه ووقوع العقد ، فتصح الوكالة بناء على صحة العقد الصادر عن اكراه اذا لحقه طيب نفس مالكه ، فتنفذ معاملة الوكيل مطلقا . والا فتكون المعاملة الصادرة عن الوكيل فضولية .

فان كانت قابلة للحوق الاجازة بها ولحقته الاجازة صحت ، كما في العقود . واما اذا لم تكن قابلة ، بان كانت ايقاعاً ، كما اذا اكره الزوج على توكيل غيره فى طلاق زوجته ، فوكله ، فطلقها اختياراً . فانهم إدعوا الإجماع على بطلان الايقاع الفضولي وعدم قابليته للحوق الإجازة به ، وان كان مشمولا لدليل صحة الفضولي على ماسيأتي الكلام فيه فلا محالة تكون فاسدة لايترتب عليها الأثر وهكذا اذا كانت قابلة للاجازة ولكن لم يجزها المالك .

و « أماالصورة الثالثة » : وهي ما اذا تعلق الإكراه بالعاقد دون المالك . وفي هذه الصورة « تارة » يكون المكره ـ بالكسر ـ هو المالك و « اخرى » يكون غيره وعلى الثاني « تارة » يكون المكره ـ بالفتح ـ وكيلا عن المالك للعقد و « اخرى » يكون شخصاً أجنبياً عنه .

« أما ان كان المكره هو المالك » : كما اذا اكره الزوجة عالم البلاد على تزويج نفسها لشخص خاص ، او اكرهه المالك على بيع داره . فالظاهر هو الصحة ولا

يترتب الأثر على الاكراه . « وذلك » لعـدم شمول شيء من ادلة رفـع الأثر عن الإكراه للمقام .

« أما قوله سبحانه » : الا ان تكون تجـارة عن تراض . فلانه انمـا يعتبر التراضي في التجارة ، ولا تصدق التجارة على فعل مجرى الصيغة ليعتبر صدوره عن طيب نفسه ، والمعتبر فيها على ما استظهرناه من الآية رضا المالك ومن بمنزلته من الولى والوكيل دون غيره . والمفروض تحققه فى المقام .

و«أما النبوي» : وهوقوله (ص) : لايحل مال امرءمسلم الابطيب نفسه. فهو وان كان شاملا للتصرفات الاعتبارية ، مثل : النقل والإنتقال ، لأن حذف المتعلق يفيد العموم . « الا » ان المعتبر في الحل طيب نفس من له المال دون غيره .

و « اماحديث الرفع » : فلانه لايعم الا مايكون مورداً للوضع لولا الإكراه او الإضطرار . وفعل مجرى الصيغة بنفسه ليس موضوعاً للاثر فتأمل .

« وبعبارة أخرى » : ليس فىرفع الأثر ، في الفرض منة على المالك فتأمل ، ليعمه حديث الرفع الذي عرفت وروده في مقام الامتنان .

وأما ان كان المكره غير المـالك وكان المكره ـ بالفتح ـ أجنبياً . فلا أثر لإكراهه ، لعين البيان المتقدم ، فيكون العقد الصادر منـه فضولياً يصح اذا كان قابلا لحوق الإجازة به ، ولحقته ، والا فيفسد .

وأما ان كان المكره ـ بالفتح ـ وكيلا مفوضاً من قبل المالك . فقد استشكل فيه صاحب المالك ، وذهب فيه الى فساد العقد .

« والتحقيق » : ان الوكيل المفوض يكون لطيب نفسه ورضاه موضوعية فى صحة العقد ولذا يصح منه العقد ولو كان معزولا مالم يصل اليه عزله ، لكن بما انه بدل تنزيلي عن الموكل .

« وان شئت قلت » : ان المعتبر انمـا هو رضا احـد الشخصين من الوكيل

قوله (ره) : ولو اكرهه على بيع واحد غير معين . . الخ (١)

والموكل . « وعليه » : ان كان المالك راضياً بالعقد دون الوكيل ، فالعقد الصادر منه يكون صحيحاً ، لما عرفت من أن الإكراه على إصدار العقد بمعناه المصدري لا أثر له . وان لم يكن راضياً به ، فان لحقه الرضا من الموكل او الوكيل يصح ، بناء على ما سننبه من صحة العقد الواقع عن إكراه اذا لحقه رضا المالك : والا فيفسد .

«ولعل الوجه» فيما ذكره صاحب المسالك من الفسادحتي اذا رضى الموكل ، هو : أن من صدر منه العقد عن إكراه ، لم يتحقق منه الرضا ، ومن رضى بالعقد - وهو الموكل - لم يكن العقد صادراً منه « وقد عرفت » ان صدور العقد بالمعنى المصدرى ، لايترتب عليه أثر اصلا .

« ويؤكده » الفرع الآتي وهو صحة عقد المكره ، اذا تعقبه طيب نفس المالك فان حيثية صدوره عن اكراه لا يرتفع بالرضا المتأخر ، فلو كان له أثر لم يرتفع بالرضاء بالعقد فيما بعد ، وهذا ظاهر .

(١) بعدما عرفت من ان الإكراه رافع للاثر ، حتى الأثر الوضعي : يقع الكلام فيما اذا اختلف المكره عليه مع ما وقع في الخارج . وفي فرض الإختلاف . « تارة » يكون الواقع في الخارج أمراً مبايناً مع المكره عليه . و « أخرى » يكون أكثر او أقل منه .

أما اذا كان ماوقع في الخارج اكثر من المكره عليه : كما اذا اكرهه الجائر على بيع احد عبديه فباعهما معاً . « فتارة » يكون المكره عليه هوالأقل بشرط لاعن الزيادة ، ويكون ما اوقعه المكره في الخارج بشرط شيء . ولا اشكال فى صحة المقدار الزائد في هذا الفرض ، لأنه مباين للمكره عليه ، ولم يتعلق به الإكراه ، كما هو ظاهر . « واخرى » لايكون المكره عليه بشرط لاعن الزيادة ، بل ما وقع عليه الإكراه هو الجامع بين الأمرين ، كما في المثال .

« وعليه » ايضاً : « تارة » يكون لانضمام كل من الشيئين دخل في مالية الآخر ، كفردى النعال ، او مصراعي الباب . وفي هذا الفرض اذا اكرهه الجائر على بيع أحدهما فباعهما معاً ، بطل البيع في الجميع ، لاستناده الى خوف ضرر الجائر فان المكره عليه وان كان بيع احدهما ، الا انه انما يختار بيع كليهما من باب كونه أقل ضرراً ، اذ لو باع واحد منهما لبقى الآخر بلا فائدة ، ولايحصل رغبة في شرائه فبعد ما اكره على بيع احدهما ، اذا لم يبع شيئاً منهما يقع في ضرر الجائر ، واذا باع احدهما دون الآخر تضرر من جهة بقاء الآخر بلا راغب يرغب في شرائه ، ولاينتفع به . فلا محالة يبيعهما معاً ، فيكون بيع كليهما مستنداً الى خوف ضرر الجائر فيبطل .

« واخرى » لايكون لانضمام كل من الشيئين دخل في مالية الآخر ، كما اذا اكرهه الجائر على بيع احد فرسيه فباعهما معاً دفعة واحدة ، كما هو المفروض . فهل يصح البيع في كليهما ، كما اختاره المصنف (ره) ، لان ما وقع خارجاً ـ وهو بيع كليهما ـ لم يكن مكرهاً عليه اويعين الصحيح منهما بالقرعة . اويبطل البيعان ، لأن صحتهما معاً غير ممكن ، لكون احدهما مكرهاً عليه ولاتعين له في الواقع ، فيبطل كلا البيعين اذ لامعنى لامضاء احدهما الغير المعين ، كما عن بعض مشايخنا المحققين (ره) وجوه .

« والظاهر » هو صحة احدهما . ويتعين باختيار البايع من دون حاجة الى القرعة . أما صحة البيع في احدهما ، فلا طلاق الأدلة من قوله تعالى : أحل الله البيع ونحوه . وأما فساده في الآخر فللعلم بان عمومات صحة البيع قد خصصت في احد الشيئين قطعاً بحديث رفع الإكراه . وهذا نظير ما اذا أكره أحد على شرب الانائين اللذين فيهما الخمر فشربهما معاً ، فانه لامجال فيه للقول بحرمة كلا الشربين وتعدد العقاب ، لاطلاق دليل حرمة شرب الخمر فانه مخصص في احدهما بدليل رفع الإكراه قطعاً ، كما لامجال للقول بجواز شرب كليهما عليه ، لأن الإكراه لم يتعلق

الا بواحد منهما ، بل يكون أحد الشربين مباحاً والآخر حراماً عليه . والمقام ايضاً كذلك ، فيكون احدالبيعين جائزاً لاطلاقات الأدلة ، واحدهما فاسداً لحديث رفع الإكراه .

وأما كون التعين باختيار البايع ، فلان ماتعلق به طيب النفس انما هو بيع احد المبيعين ، فيكون من هذه الجهة من بيع الكلى في المعين ، فتكون الخصوصيات الشخصية خارجة عن المبيع ، وتبقى في ملك البايع فيكون تعيين الكلى باختيار البايع

« نعم » فى بعض الموارد لايكون التعيين باختيار البايع ، فلا مناص فيها من الرجوع الى القرعة . وهي ما اذا كان المشتري متعدداً ، كما اذا باع من شخصين ببيع واحد بناء على صحة ذلك ، فانه لامجال حينئذ لكون البايع مخيراً في تعيين الصحيح من البيعين ، فان كلا من المشتريين يريد صحة شرائه ، فلا بد من القرعة .

« وتوهم » اختصاصها ـ اي القرعة ـ بما اذا كان الواقع معيناً فى نفس الأمر . « مدفوع » باطلاق دليل القرعة . وقد عمل بها الفقهاء فيما لاتعين له واقعاً ، كما فيما اذا كان لرجل ثلاث مزوجات ، وتزوج بنفسه وبوكيله بالرابعة والخامسة في آنٍ واحد ، فان تزويج احداهما صحيح ، من دون تعين ، فذكروا : ان ذلك تعين بالقرعة . الى غير ذلك من الموارد . فنى المقام أيضاً يعين الصحيح بالقرعة .

« ثم ان ما ذكرناه » انما يجري فيما اذا لم يكن المكره عليه معيناً ، اما بتعيين المكره ، واما بتعين ذلك ، نظير الوضع التعييني والتعيني . وأما اذا كان متعيناً ، كما اذا اكرهه الجائر على بيع احد العبدين معيناً ، فباعهما معاً . يكون الفاسد بيع المكره عليه دون غيره . وهكذا اذا تعين بفعل البايع ، كما اذا باع العبدين تدريجاً فان المبيع اولا يتعين في كونه مكرهاً عليه ، فيبطل دون بيع الفرد الآخر .

« ولا مجال » حينئذ لتوهم جعل الثاني مكرهاً عليه ، باختيار البايع ، نظير تبديل الامتثال بامتثال آخر . فان موضوع الإكراه ينتفى بالإتيان بالفرد الأول ،

فكيف يمكن ان يكون الفرد الثاني مصداقا للمكره عليه ، وهذا واضح . هذا كله فيما اذا كان الواقع في الخارج اكثر من المكره عليه .

وأما اذا كان أقل منه كما اذا اكرهه الجائر على بيع داره او عبده ، فباع نصف ذلك .

« فتارة » يكون بيع النصف مع كونه عازما على بيع النصف الآخر ، غاية الأمر يأتي تدريجا ، لزعمه ان المكره عليه هو الجامع بين البيع التدريجي والدفعي . وفي هذا الفرض لااشكال في فساد البيع ، لكونه مكرها عليه . ولا وجه لما ذكره المصنف «ره» واشكاله في سماع دعوى ذلك في مقام الإثبات بقوله : لكن في سماع دعوى البايع ذلك مع عدم الإمارات نظر . . فان نفس الإكراه قرينة على صدق دعواه .

« واخرى » ببيع النصف لاحتمال ان الجائر يكتفى به عن المجموع . وفى هذا الفرض ايضا لااشكال فى الفساد ، لأن الإكراه على كل مقدار ينحل الى الاكراه على ابعاضه ، مثلا : الاكراه على دفع مأة درهم اكراه على دفع الخمسين ،

« وثالثة » يكون المكره عليه بشرط شيء ويأتي المكره بالاقل بشرط لا . وفي هذا الفرض ربما يتوهم ان ما وقع مغاير للمكره عليه فيكون صحيحا .

« ونقول » : نفرض الكلام فيما اذا كان الواقع في الخارج مباثنا حقيقة مع المكره عليه ويتضح به حكم المقام – مثلا – اذا فرضنا ان الجائر اكرهه على بيع كتابه فباع ردائه بدلا عنه ، من باب أهميته لديه اكثر من الرداء كان بيع الرداء فاسداً مع كونه مباثنا للمكره عليه « وذلك » لأن الدليل لرفع الاكراه كان أمران .

(احدهما): حديث الرفع ، وهو غير شامل للمقام ، لأن بيع الرداء لم يكن مكرها عليه .

(ثانيها) : قوله تعالى : الا ان تكون تجارة عن تراض وهو شامل للمقام ،

قوله ره: قال في التحرير لو اكره على الطلاق . . الخ (١)

فان بيع الرداء على الفرض لم يكن بطيب النفس، فيكون اكل المال بازائه من الاكل بالباطل. ففى المقام ايضا بيع نصف الدار او العبد لم يكن صادراً عن طيب نفس المالك، فيكون اكل المال به من أكل المال بالباطل.

(١) لابد في تفصيل الاكراه على الطلاق ونحوه من بيان أقسام الاكراه، فانه يتصور على صور:

(احداها): ان يكرهه الجائر على الطلاق ونحوه، الا انه متمكن من دفع ضرر المكره، اويوطن نفسه على تحمل الضرر ومع ذلك يوقع الطلاق. ولااشكال فى الصحة في هده الصورة. والظاهر خروجه عن مورد كلام العلامة (ره).

(ثانيها): ان يكرهه على الطلاق، فيوقعه خوفا من ضرر الجائر. ولا اشكال في الفساد في هذه الصورة ايضا، من غير فرق بين كون المكره - بالفتح - معتقداً صحة العقد الواقع عن اكراه لجهله بالمسألة، اواعتقد بان دفع الضرر لايكون الا بقصد حقيقة العقد او الطلاق فقصده، وبين غيره. فان ذلك لاينافي صدق الاكراه.

« ويؤيده » تمسك الامام (ع) بحديث رفع ما استكره عليه لفساد الحلف اكراها علي الطلاق والعتاق. من غير استفصال بين من يرى صحة الحلف الصادر عن اكراه وبين من يرى فساده، مع ان أغلب العامة يرون صحة ذلك ووقوعه. فاحتمال الصحة، كما زعمه المصنف (ره) فى الفرض لا يناسب مقامه (قده).

« ثم انه » لافرق فى تحقق الإكراه بين ان يكون الضرر الموجود متوجهاً الى نفس المكره او ماله او عرضه، او يكون متوجها الى بعض متعلقيه، كولده مثلا فاذا قال الولد لوالده: طلق زوجتك والا قتلت نفسي فطلقها، بطل، لأن موت الولد ضرر علي الوالد. ولذا لو اوعده الأجنبي بقتل ولده علي ترك عمل، صدق

عليه عنوان الإكراه ، وهذا ظاهر .

(وثالثها) : ان يكرهه الجائر على الطلاق ويكون له الداعي النفساني على الطلاق ايضاً ، الا انه ليس كلا من الأمرين ، تام الداعوية . فاذا انضم احدهما الى الآخر تم داعويتـه ، فكان كل من الإكراه والداعي النفساني جزء المقتضى . وفي هـذا الفرض يكون الطلاق مستنداً اليهما معـا ، فيكون فاسداً لأنه وان لم يكن مصداقا للمكره عليه ، ولا يمكن التمسك فيه بحديث رفع الإكراه ، الا انه لايكون صادراً عن طيب النفس ايضا ، لصدوره عن كلا الأمرين معـا . وقـد ذكرنا أن مقتضى قوله تعالى : الا ان تكون تجارة عن تراض . اعتبـار صدوره عن طيب النفس وهو مفقود .

(رابعتهـا) : ان يكون كل من الاكراه والداعي النفساني - كسوء خلق الزوجة في نفسه ، في المثال المذكور - تام الداعوية لطلاق الزوج ، بحيث لو فقد احدهما أثر الآخر ، الا أن الأثر الفعلي لامحالة يستند اليهما معا . فى هذه الصورة لابد من الحكم بالصحة ، لاستناد الأثر الى طيب النفس التام في مقـام الداعوية . وانضمام الاكراه اليه لايوجب عدم تأثيره ، لأن الاكراة ليس مقتضيا للفساد ولا مانعا من الصحة ، وانمـا نقول بفساد المعـاملة الصادرة عن الاكراه لعدم المقتضى - وهو طيب النفس - لا لوجود مقتضى الفساد . فانضمامـه الى الداعي النفساني المقتضى للصحة لايمنع عن تأثيرة وكثيراً ماينضم الداعي النفساني الى الداعي القربى في العبادات ، ويكون كل منهـما تام الداعوية في نفسه ، ولا يخل بعباديتها .

« وعليه » فلا وجه لقياس هذه الصورة بالصورة السابقة ، والقول بالبطلان فيها عن الميرزا « ره » بدعوى استناد الأثر في كلتا الصورتين الى مجموع الاكراه والداعي النفساني . فان الداعى النفساني فى الصورة السابقـة لم يكن تام الداعوية ، بخلافها في هذه الصورة ، فان طيب النفس فيها تام الداعوية ، غايته انه انضم اليـه

قوله ره : لو رضي المكره بما فعله صح العقد (١)

ماليس مقتضيا للصحة .

« ثم مع التنزل » وفرض كون الاكراه مانعا عن الصحة نقول : شمول دليل رفع الاكراه لمثل المقام الذي يكون المالك طيب النفس خلاف الامتنان .

« ثم ان المكره » اذا تمكن من التورية ولم يفعل ، فالظاهر عدم صدق الاكراه لما ذكرنا سابقا من تقوم الاكراه بالعجز حتى عن التورية ، وان مجرد القضية الشرطية لايحقق عنوان الاكراه . ولعل هذا مورد حكم العلامة بالصحة ، ومراده من قوله : لو طلق ناويا فالأقرب وقوع الطلاق .

(١) ربما يقال بعدم ترتب الأثر على عقد المكره حتى بعد لحوق الرضا به ، والوجه فى ذلك أحد أمرين :

(الأول) اعتبار مقارنة طيب نفس المالك ورضاه مع العقد في مفهومه ، فلا يصدق عنوان العقد مع عدم مقارنة الرضا . (وفيـه) أن العقد ليس إلا كبقية المفاهيم مثل الأكل والشرب ونحوهما ، ومن الواضح أن الداعي لادخل له في شيء من تلك المفاهيم ، فالأكل يصدق على الأكل الخارجي بأيّ داع حصل من طيب النفس أو الإكراه أو غير ذلك ، وهكذا مفهوم الشرب ، وكذلك مفهوم العقد . ولولا ذلك لزم عدم صدق العقد على بيع الفضول وعدم صدقه على بيع المكره بحق فلا بد وأن يكون ترتب الأثر عليه بالتعبد الشرعي لابما انه عقد ، وهو كما ترى .

(الثاني) اعتبار مقارنة رضا المالك في صحة العقد لا في مفهومه . وهذا وان لم يكن كسابقه بديهي الفساد الا أن اعتبار ذلك في الصحة مع عدم صدق العقد بدونه يحتاج الى دليل ، ولادليل على اعتباره والا لزم بطلان العقد الفضولي وان لحقته الإجازة لعدم اقترانه برضا المالك .

وهناك وجهان آخران ، وهو اعتبار مقارنة رضا العاقد في مفهوم العقد أو

في صحته . وقد ظهر الجواب عنهما بما تقدم ، مضافاً الى أن لازمه فساد بيع العاقد المكره على انشاء الصيغة من قبل المالك ، وقد مر صحته .

(وبالجملة) صحة بيع الفضولي بلحوق الرضا تستلزم صحة بيع المكره بلحوق طيب نفس المالك ، بل في بيع المكره مرجح للصحة ، وهو صدور العقد من المالك دون بيع الفضول ، فانهما مشتركان في عدم مقارنة العقد بطيب نفس المالك ، إلا ان الانشاء أيضاً فى بيع الفضولي غير ناشٍ من المالك بخلاف بيع المكره .

(اللهم) الا أن يدعي الفرق بين البيع الفضولي وبيع المكره . ويدعي قيام الدليل على اعتبار مقارنة العقد مع الرضا :

(أما الفرق) بين بيع الفضولي والمكره فهو أن ظاهر قوله تعالى : « أوفوا بالعقود » توجه الخطاب الى الملاك ووجوب وفاء كل مالك بالعقد المستند اليه ، وليس الخطاب متوجهاً الى غير الملاك ولا الى المالك الذي لم يستند العقد اليه كما أن ظاهر قوله تعالى . « فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق » وجوب غسل كل شخص وجه نفسه ويديه ، لا أن يغسل كل أحد وجه غيره ويديه ، فالأمر بالوفاء بالعقد أيضاً كذلك لايراد به لزوم وفاء المالك بالعقد الصادر عن غيره .

(ثم) ان العقد الفضولي لايكون عقداً للمالك ولا يستند اليه قبل إجازته ورضاه ، وعليه فخروجه عن عموم « أوفوا بالعقود » قبل لحوق الإجازة به يكون بالتخصص ، لعدم كونه عقداً للمالك ، فإذا لحقته الاجازة يدخل حينئذ فى عنوان العقود فيعمه حكمها . وهذا بخلاف عقد المكره ، فإن خروجه عن عموم الآية إنما يكون بالتخصيص بمقتضى حديث رفع الاكراه ، لأنه قبل لحوق الاجازة أيضاً عقد مستند الى المالك ، فاذا خرج عن العموم بالتخصيص رجوعه اليه بعد لحوق الرضا يحتاج الى دليل ، وهذا هو الفارق بينهما .

ثم اذا استفدنا الحصر من قوله تعالى : « إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ » كما

هو الصحيح ، لأن الاستثناء فيه متصل لامنقطع كما زعمه المصنف في المقام ، والمعنى لاتأكلوا أموالكم بوجه من الوجوه فإنه باطل إلا أن تكون تجارة عن تراض ، فيفيد حصر سبب حل الأكل بالتجارة عن تراض ، ويصدق التجارة عن تراض على بيع الفضولي إذ الحقته الاجازة ، ولا يصدق التجارة الناشئة عن الرضا على بيع المكره بعد لحوق الرضا اليه ، لتأخر الرضا عن تجارة المالك .

(وبالجملة) يمكن الفرق بين بيع المكره وبيع الفضولي بما ذكرناه من أن بيع المكره من حين صدوره يستند الى المالك ، فاذا خرج عن عموم «أوفوا بالعقود» بالتخصيص فعوده اليه بعد لحوق الرضا يحتاج الى دليل . وهذا بخلاف بيع الفضولي فانه إنما يستند الى المالك ويدخل في موضوع الآية حين لحوق الاجازة ، فيثبت له الحكم ويترتب عليه الأثر .

إلا ان المصنف استدل على صحة بيع المكره بعد لحوق الرضا بوجهين :

(احدهما) : أن رفع اثر بيع المكره بعد لحوق رضاه - اعنى صحته حينئذ - خلاف الامتنان عليه ، فلا يعمه حديث الرفع ، إذ لعل البيع يكون صلاحاً له فيرضى به . نعم ترتب الأثر عليه قبل لحوق الرضابه موافق للامتنان . (وفيه) أن ما افاده مناف لما أوضحه في بحث الأصول من أن حديث الرفع إنما يرفع الآثار المترتبة على الموضوعات بعناوينها اذا كان رفعها موافقاً للامتنان ، ولا يعم الأثر المترتب عليها بعنوان العمد أو بعنوان الاكراه ونحوه من الأمور المذكورة فى الحديث . وعليه فصحة بيع المكره اذا لحقته الرضا إن دل عليه دليل يكون حكماً ثابتاً لعنوان الاكراه ، فلا يعمها حديث الرفغ ، سواء كان رفعها موافقاً للامتنان أو مخالفاً له . نعم لادليل في مقام الاثبات على صحة عقد المكره بعد لحوق الرضا .

(ثانيها): ماطال فيه الكلام ، وحاصله منع حكومة حديث الرفع على أدلة صحة البيع ووجوب الوفاء بالعقود ، وذلك لأن قوله تعالى : « أوفوا بالعقود » و

« أحل الله البيع » مخصص بالمرضى بحكم العقل وغيره فليس له إطلاق ، وعليه فالعقد الغير المرضي به ليس موضوعاً لأدلة الصحة ليعمه حديث الرفع ، وأما المرضي به فإن كان الرضا به مقارناً يستحيل أن يتعلق به الاكراه أيضاً ويكون مكرهاً عليه ايضاً ، فانهما متناقضان فلا يعمه رفع الاكراه ، وأما إن كان الرضا به لاحقاً فذات العقد الملحوق بالرضا جزء للسبب وليس موضوعاً للادلة ليعمه حديث رفع الاكراه ، فعلى أي تقدير ليس الرفع حاكماً على أدلة صحة العقود .

(وفيه) انه إنما يتم لو كان تخصيص دليل الوفاء بالعقد بحديث الرفع في طول تخصيصه بحديث « لايحل مال امرىء مسلم الا بطيب نفسه » وقوله تعالى « إلا أن تكون تجارة عن تراض » وغيره مما دلّ على اعتبار الرضا فى صحة العقد ، وليس الأمر كذلك بل تخصيصه بكل من المخصصين عرضي ، فان حديث الرفع أيضاً مخصص لعموم الوفاء بالعقود غايته بلسان الحكومة ، وقد ذكرنا فى بحث انقلاب النسبة أنه اذا ورد مخصص على عام واحد يخصص بهما معا . (وعليه) فيخصص عموم الأية بكل من حديث رفع الاكراه وما دلّ على اعتبار طيب النفس ، ويخرج عنه العقد المكره عليه ، ورجوعه الى الحكم العام بعد لحوق الرضا يحتاج الى دليل وهو مفقود ، فلا يتم شيء من الوجهين اللذين أطال المصنف الكلام فيهما .

إلا أن الصحيح مع ذلك كله صحة عقد المكره بعد لحوق الرضا به ، وذلك ، لأنه ليس المراد من العقد انشاؤه الذي لابقاء له ، بل المراد به الأمر الاعتباري من المبادلة وحصول النقل والانتقال الذي له بقاء واستمرار في عالم الاعتبار ، وعليه فما لم يلحق به الرضا يكون العقد مكرها عليه فيعمه حديث رفع الاكراه . وأما اذا لحقه الرضا فليس العقد بقاء مصداقا للمكره عليه .

(ومن الواضح) ان حديث رفع الاكراه انما يرفع الأثر مادام الاكراه متحققا ويصدق عليه عنوان المكره عليه ، فاذا رضي به المالك بقاء صار العقد

مصداقاً للتجارة عن تراض ، فيعمه دليل الصحة .

(وبعبارة اخرى) اذا كان للعام أو المطلق استمرار فورد عليه المخصص في مقدار من الزمان لامانع من التمسك به في الزائد على ذلك المقدار من الزمان ، فقوله تعالى : « أوفوا بالعقود » له استمرار من حيث الزمان ، وقد خصص ما دام العقد كان مكرهاً عليه ، وأما اذا رضي به المالك وخرج عن عنوان المكره عليه فيعمه الآية المباركة ، ويؤكده المقابلة بين التجارة عن تراض واكل المال بالباطل في الآية الشريفة ، فانه اذا غصب احد من غيره شيئاً فهو مصداق لأكل المال بالباطل مالم يرض به المالك ، فاذا رضي لم يكن من الأكل بالباطل ، فلا محالة يكون مصداقاً للتجارة عن تراض .

(والحاصل) ان الظاهر صحة عقد المكره اذا لحقه رضا المالك ، الا انه ربما يستشكل فيها بما ذكر فارقاً بين عقد المكره وعقد الفضولي : من أن عقد الفضول إنما يستند الى المالك مقارناً لحصول طيب نفسه ورضاه ، فيعمه عموم « أوفوا بالعقود » ، بخلاف عقد المكره فانه يكون مستنداً الى المالك قبل طيب نفسه ورضاه ومع ذلك لم يكن مشمولاً لعموم الدليل ، فشموله له بعد الرضا يحتاج الى دليل .
(ولكنك) قد عرفت أن هذا الفرق ليس بفارق ، فان عقد المكره ـ وإن لم يكن مقارناً مع رضا المالك حدوثاً ـ الا انه مقارن معه بقاء ، فيعمه عموم « أفوا بالعقود » بقاء كما عرفت ، فلا فرق بينه وبين العقد الفضولي .

ثم انه يمكن تقريب صحة بيع المكره بوجه آخر يقرب من أول الوجهين المذكورين فى كلام المصنف وهو أن الآثار المترتبة على الأفعال بعناوينها الأولية (منها) : مايكون رفعها موافقاً للامتنان مطلقا كالأحكام التكليفية كحرمة شرب الخمر ، فان رفعها موافق للامتنان في مورد الإكراه والإضطرار والخطأ والنسيان مطلقا (ومنها) : مايكون رفعها مخالفاً للامتنان كذلك كالآثار الوضعية فى مورد

قوله ره: رضا المتأخر ناقل او كاشف (١)

الإضطرار، فان رفعها مخالف للامتنان على الإطلاق. (ومنها): مايكون رفعها موافقاً للامتنان في بعض الحالات دون بعض، فحديث الرفع بناء على كونه وارداً مورد الامتنان - كما هو الظاهر - يكون رافعاً لماهو من قبيل الاول مطلقا ولايكون رافعاً لماهو من قبيل الثاني مطلقا، وفي الثالث يرفع الأثر في الحال الذى يكون رفعه امتناناًولا يكون رافعاً له فيما ليس رفعه امتناناً في المقام ارتفاع اثربيع المكره فى حال قبل لحوق الرضا موافق فيرتفع، للامتنان وفي حال لحوق الرضا مخالف للامتنان فلا يرتفع.

(وبعبارة أخرى) لدليل «أوفوا بالعقود» اطلاق أزماني، فيثبت به الملكية مستمرة من زمان تحقق العقد الى الأبد، ففى بيع المكره يقيد اطلاقه بحديث الرفع في الحال الذي يكون فيه الرفع موافقاً للامتنان - وهو ماقبل لحوق الرضا - وأما في غيره فيتمسك باطلاق الآية ويترتب عليه الأثر لعدم جريان حديث الرفع فيه.

والفرق بين هذا الوجه وما أفاده المصنف واضح، فانه «قده» ذكر أولاً أن المرفوع في حديث الرفع هو المؤاخذة، ثم ذكر بعد ذلك أن رفع صحة بيع المكره بعد لحوق رضاه مخالف للامتنان. وقد أوردنا عليه بعدم الدليل على صحة بيع المكره اذا لحقه الرضا، وأما على ما ذكرناه فإطلاق الآية بنفسه دليل على ترتب الأثر على بيع المكره اذا لحقه الرضا كما عرفت.

(١) لاريب في أن مقتضى الأصل العملي هوالنقل. الاانه ربما يدعي وجود الدليل على الكشف، وهو ماورد فى ارث الصغير او الصغيرة التي تزوجه كبير أو كبيرة أو صغير مثله ثم مات فاذا بلغ اجاز النكاح من انه يستحلف على اجازته، وانه لو كان حياً أيضاً لأجاز النكاح فيورث منه (١) مع ان ارثه منه مبني على

(١) راجع الوسائل ج ٣ طبع عين الدولة في الباب ١١ من ابواب ميراث الأزواج. (محمود على الحسيني)

الكشف ليتحقق موضوع موت الزوج أو الزوجة عن وارث ، والإستحلاف إنما هو من جهة كونه مورداً للتهمة وان الاجازة من جهة الارث .

(هـذا) إلا أن الرواية واردة في الفضولي ، والتعـدي الى المكره مبني على إلغاء الخصوصية ، وان الميزان إنما هو تعلق الاجازة أوالرضا بالعقد السابق ، وهو موجود في عقد المكره أيضاً كما يتعدى الى غير النكاح أو بالأولوية ، والا فالكشف حكم مختص بمورده وهو النكاح الفضولي ، ولا يتعدى عن مورد النص .

ولكن قد يدعي أن الكشف يكون على القاعدة ، إذ فرق بين اشتراط صحة العقد بالرضا المتأخر وغيره كالقبض في الصرف والهبة ، لأن الرضا والإجازة إنما يتعلق بالعقد السابق . فاذا قام دليل على اعتباره لابد من ترتيب الأثر من حين العقد نظير ما اذا باع احـد داره فعلا قبل عشرة ايام وقام دليـل على اعتباره ولو كان العمومات لولم يكن منصرفاً عن مثـل ذلك لكونه خـلاف المتعـارف ، فان لازمه الكشف وترتيب آثار الملكية السابقة والإجازة أيضاً كذلك .

ثم أورد عليه بما حاصله : ان الإجازة لم تتعلق بالملكية من حين العقد ، وإنما تعلقت بطبيعي الملكية ، ومقتضى ظاهر الأدلة التى تعتبر اشتراط نفس الإجازة فى صحة العقد وترتب الأثر عليه لاوصف التعقب عـدم ترتب الأثر الا بعـد حصول الشرط ، وهو لاينافي تعلق الإجازة بالعقد السابق .

ثم أجاب بماحاصله : انه انما يتم لو قلنا بالكشف الحقيقى وأماالكشف الحكمي اعنى حكم الشارع بعـد حصول الإجازة والرضا بالملكية السابقـة من زمان البيـع ، فلا ينـافي شرطية نفس الإجازة والرضا .

ثم اشكل عليه بأن الملكية عين حكم الشارع ، فلا يمكن تخلفها (وفيه) مابيناه في بحث الفضولي من أن الجعل غير المجعول ، فالجعل ـ وهو الحكم ـ عبارة عن نفس الاعتبار والملكية تكون متعلقة للحكم وهو المجعول ، فكما يمكن أن يكون الاعتبـار

قوله ره : وإن شئت توضيح ما ذكرنا فلاحظ مقتضى فسخ العقد (١)

قوله ره : مسألة : ومن شروط المتعاقدين اذن السيد (٢)

فعلياً ومتعلقه امراً لاحقاً ـ كما في الوصية ـ يمكن أن يكون الاعتبار فعلياً ومتعلقه أمراً سابقاً . (وهذا) نظير أن ينشىء أحد ـ فعلا ـ ملكية داره لزيد من قبل سنة ـ بأن يكون الانشاء فعلياً والمنشأ امراً متقدماً ـ فاذا فرضنا قيام الدليل على صحته كما اذا فرض عدم كونه خلاف المتعارف وشملته الاطلاقات لزم الحكم بترتب آثار الملكية من الأول لا من حين العقد ، والاجازة أيضاً كذلك فلازم تعلقه بالعقد السابق ترتب آثاره من حين حدوثه ، وذلك لأن مقتضى إطلاق قوله تعالى : « أوفوا بالعقود » امضاء اعتبار المتعاملين من حين حدوثه ، وقد رفعنا اليد عن ذلك في مقدار من الزمان لحديث رفع الإكراه ، وبعد ارتفاعه وحصول الرضا يكون مقتضى اطلاق العام امضاء اعتبار المتعاملين المتحقق سابقاً . وهذا معنى الكشف .

(١) الفسخ يقابله الإمضاء لا الإجازة ، وما يقابل الإجازة إنما هو الرد وان كان جميعها متعلقاً بالعقد السابق ، فلا وجه لقياس الإجازة وجعلها مقابلة للفسخ ، وذلك لأن الإجازة عبارة عن إمضاء العقد من حينه ، ويقابله ردّ العقد الذي هو عبارة عن فسخه من حينه ـ أي حدوثاً ـ وأما الفسخ فى مقابل الإمضاء فهو عبارة عن حل العقد من حين الفسخ ـ أي بقاء لا حدوثاً ـ كما هو ظاهر أدلة الخيار في موارد ثبوته كخيار الحيوان والمجلس ونحوهما ، فكون الفسخ حل العقد بقاء ومن قبيل النقل لا يستلزم كون الإجازة إمضاء للعقد كذلك ، فالقياس مع الفارق .

شرطية اذن السيد

(٢) ذكروا من جملة شروط صحة العقد كون العاقد حراً ، فلو فرض كونه

عبداً لم يصح مالم يأذن مولاه ، فجعل العبد حدوسط بين الحروبين الصبي والمجنون فان الحر مستقل في تصرفاته ، والمجنون ـ وكذا الصبي على قول ـ ساقط انشاؤه مطلقاً حتى مع اذن الولي : وأما العبد فهو وسط بينهما ، فليس كالحر بحيث يستقل فى تصرفاته وليس كالمجنون بحيث لاينفذ تصرفه اصلا حتى مع اذن الولي ، بل ينفذ تصرفه مع اذن المالك ولا ينفذ بدون اذنه . (واستدل) على ذلك بقوله تعالى « عبداً مملوكاً لايقدر على شيء » حيث وصف العبد بكونه غير قادر على شيء ، والمراد بالقدرة المنفية إنما هو استقلاله في التصرف لااصل التصرف ، فان من لايكون مستقلا في تصرفه فهو ليس بقادر عليه .

ثم انه ليس المراد بالقدرة القدرة العقلية وبالشيء الأفعال الخارجية، بداهة ان الرقية والحرية لادخل لشيء منهما في القدرة العقلية على الأمور الخارجية ، فمن يقدر على الخياطة فهو قادر عليها تكويناً عبداً كان أو حراً ، فيحتمل أن يراد من القدرة القدرة الشرعية ، والتعبير عن المنع الشرعي بعدم القدرة متعارف ، فيكون المعنى أن العبد ممنوع عن كل شيء . وهذا أيضاً لايمكن الإلتزام به ، بداهة عدم حرمة جميع الأفعال على العبد بدون اذن سيده حتى الأفعال الضرورية كالتنفس وتحريك اليد والرأس والعين والتكلم ونحو ذلك ، فلابد وأن يراد بالقدرة القدرة الوضعية ـ اعنى النفوذ ـ فيكون المراد من قوله « لايقدر على شيء » نفي نفوذ تصرفاته .

(فيقع الكلام) فى أن المنفي نفوذ تصرفه فى خصوص نفسه وماله ، أو أعم منه ومن تصرفه في مال سيده ، أو أعم من ذلك ومن تصرفه فيما لايرجع الى سيده كالوكالة في انشاء العقد عن غيره ؟ وجوه ، ظاهر المصنف هو الأخير ، وكأنه أرسله ارسال المسلمات وشرع في إجازة السيد وحكمها ، وتبعه فى ذلك المحقق النائيني « ره » . إلا أن مناسبة الحكم والموضوع تقتضي أن يكون المنفي نفوذ تصرف العبد في نفسه وفي ماله لوقلنا بأنه يملك ـ كما هو احد القولين في المسألة ـ نظير

قوله ره : وأما مع الإجازة اللاحقة فيحتمل (١)

قوله عليه السلام : « الناس مسلطون على أموالهم أو على انفسهم » .

ويؤكدها أن ذكر قوله تعالى « مملوكاً » في الآية ، مع أن العبد والمملوك مترادفان فلابد وأن يكون لنكتة وليس قيداً توضيحياً كما ذكره الميرزا « قده » . والنكتة فى ذلك إنما هو علية المملوكية للحكم ، وعليه فلابد وأن يكون المنفي مايكون المملوكية علة له ، وليس ذلك الا نفوذ تصرفه في نفسه وماله ، فيصح أن يقال : لايصح تصرفه فى نفسه لأنه مملوك ، وأما التصرف في مال السيد فعدم نفوذه ليس معلولا للمملوكية ، ولذا لاينفذتصرف الحرفي مالغيره أيضاً ، وهكذا الوكالة عن الغير فى انشاء العقد ، ولا اقل من الاجمال فيرجع في مورد اجمال المخصص — وهو انشاء العبد الغير — الى العمومات والاطلاقات .

(وعليه) فلابد من التفصيل بين وكالة العبد عن الغير في مجرد انشاء الصيغة وتوكيله الغير والالتزام بالفساد في الثاني ، لأن العبـد لم يكن له التصرف بنفسه فضلا عن توكيله الغير . وبالصحة في الأول لعدم الدليل على توقف إنشاء العبد على اذن السيد كما ان الظاهر عدم كونه حراماً تكليفاً لعـدم الدليل على حرمة التلفظ ونحوه من التصرفات الضرورية ، وعلى فرض حرمتـه تكليفاً فهى لاتدل على الفساد لعدم تعلقها بعنوان المعاملة .

(١) أمابناء على المختار من عدم توقف إنشاء العبد على اذن سيده لانصراف الآية عن مثله لمناسبة الحكم والموضوع أو لظهور أخذ المملوك في العلية ، وأما الروايتان (١) فعدم شمولها الانشاء المجرد ظاهر ، لورودهما في تزويج العبد لنفسه وطلاقه زوجته ولو زوجه السيد ، وكلاهما من التصرف فى نفس العبد ، وهـذا

---

(١) (احدهما) : مانقله الشيخ في صدر هذه المسألة وهو مذكور في الوسائل في الباب ٤٥ من ابواب الطلاق ج ١٥ من الوسائل المطبوعة أخيراً ص ٣٤٣ . —

اجنبي عن إنشائه الصيغة للغير ولذا يكون فاسداً . ولو كان المنشيء للصيغة غير المملوك — أي وكل غيره في انشاء العقد — بل لولا ماورد في ذيل الرواية من تطبيق الآية على ذلك لاقتصرنا فيها على خصوص نكاح العبد وطلاقه ولم نتعد الى سائر تصرفاته في نفسه ، فلامجال للبحث عن نفوذ إجازة السيد بعد ذلك وعدمه .

(وأما) على مسلك المصنف فيقع الكلام في نفوذ انشاء المملوك اذا لحقه اجازة السيد وعدمه . وقد احتمل المصنف أولا كلا الأمرين من عدم النفوذ ، لأن المنع ليس من جهة المنشيء وعدم رضا المالك به ، وإنما هو من جهة الإنشاء الصادر وما وقع لاينقلب عما وقع عليه ، اذ ليس له بقاء لينقلب عما وقع عليه بقاء .

— واليك نص الرواية :

محمد بن علي بن الحسين باسناده عن ابن أذينة ، عن زرارة ، عن ابي جعفر — وأبي عبد الله عليهما السلام قالا : المملوك لايجوز طلاقه ولانكاحه الاباذن سيده ، قلت : فان السيد كان زوجه بيد من الطلاق ؟ قال : بيد السيد ضرب الله مثلا عبداً مملوكاً لايقدر على شيء ، أفشيء الطلاق .

ثم ان اطلاق الرواية المذكورة معارضة بما ورد من تجويز طلاق العبد ان كانت زوجته حرة اومن غير مولاه . وقد عقد في الوسائل باباً لذلك . منها مارواه عن محمد بن يعقوب ، عن احمد ، عن ابن فضال ، عن مفضل بن صالح ، عن ليث المرادي ، قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد هل يجوز طلاقه ؟ فقال : ان كانت امتك فلا ، إن الله عز وجل يقول : « عبداً مملوكاً لايقدر على شيء » وان كانت أمة قوم آخرين او حرة جاز طلاقه .

وظاهر هذه الرواية عدم المنافاة بين جواز طلاق العبد لزوجته ان كانت حرة او أمة لغير مولاه . وبين كونه مملوكاً لايقدر على شيء .

(ثانيهما) : ما استعان به الشيخ «ره» ونقل بعض فقراته مؤيداً لكلامه في —

ثم قوى النفوذ ولحوق الإجازة ، لكون المعتبر هو الرضا الأعم من المقارن واللاحق . واستدل عليه بوجهين : احدهما يرجع الى نفي المقتضى لاعتبار خصوص الاذن السابق ، والآخر يرجع الى وجود الدليل على عدم اعتباره :

(أما الوجه الأول) : فحاصله : ان مادل عليه المخصص انما هو نفي استقلال العبد في التصرف وعدم نفوذه فى نفسه من دون ضميمة لامطلقا ولو لحقه إجازة السيد ، ولا أقل من الاجمال فيرجع في مورده — وهو لحوق الاجازة الى عموم دليل أوفوا بالعقود . (وأورد عليه) المحقق النائيني بعدم الاجمال في المخصص ، فان المأخوذ في الرواية عنوان الاذن ، حيث قال عليه السلام : « لايجوز نكاحه ولا طلاقة إلا باذن سيده » ، والاذن ظاهر في الاذن المقارن .

وفيه (أولا) : أن الظاهر أن المصنف ناظر في المخصص الى الآية لا الرواية لما عرفت من أن الرواية أجنبية عن انشاء العبد للغير وانما هي واردة في نكاح العبد لنفسه أو طلاقه زوجته ، فلا تعم الانشاء المجرد اصلا ، وليس فى الآية عنوان الاذن ليدعي ظهوره فى المقارن . (وثانيا) لو تنزلنا عن ذلك فلم يظهر لنا ظهور

— المسألة المذكورة ايضاً . وقد ذكره في الوسائل في الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيدوالاماء ج ١٤ من الوسائل المطبوعة أخيراً . واليك نصه :

محمد بن يعقوب ، عن علي بن ابراهيم ، عن ابن عمير ، عن عمر بن أذينة ، عن زرارة ، عن ابي جعفر عليه السلام قال : سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده ، فقال : ذاك الى سيده إن شاء اجازه وإن شاء فرق بينهما ، قلت : أصلحك الله ، ان الحكم بن عيينه وابراهيم النخعي وأصحابها يقولون : إن أصل النكاح فاسد ولا تحل إجازة السيد له ، فقال أبو جعفر عليه السلام : إنه لم يعص الله ، وإنما عصى سيده ، فاذا أجاز فهو له جائز . ورواه الصدوق باسناده عن ابن بكير ، عن زرارة .

(محمود علي الحسيني)

السيد أصلا ، وعلى تقدير توقفه عليه فينفذ بلحوق الاجازة ، والإشكال يندفع بأنها تتعلق بمضمون العقد ـ أعني ماأنشأه العبد ـ لابنفس الإنشاء بما هو ، وهو أمر مستمر قابل لذلك .

(فذلكة البحث) ونتيجة ماتقدم بنحو الإجمال هوأن دليل المنع عن تصرف العبد بدون اذن سيده امران :

(احدهما) : الآية المباركة ، وهي قوله تعالى : « لايقدر على شيء » ولا يصح أن يراد به نفي القدرة تكليفاً ، بداهة جواز كثيرمن أفعاله اليسيرة الضرورية وعدم توقفه على اذن سيده ، فلابد وأن يراد به نفي القدرة الوضعية ـ أي النفوذ ـ وحينئذ ينحصر موردها بما يكون قابلاً للنفوذ وعدمه ، فلا يعم انشاؤه للغير ، فان الإنشاء بما انه انشاء لايترتب عليه الأثر ليكون قابلا للنفوذ . كما ان مقتضى اخذ عنوان المملوك فى الآية اختصاصها بما يكون رفع الأثر عنه معلولاً للمملوكية فلا يعم تصرفه في أموال مولاه ، فيخرج وكالته في الإنشاء من الغير عن مورد الآية لكون المراد من نفي القدرة القدرة الوضعية بمعنى النفوذ ، كما ان تصرفه فى اموال المولى يخرج عن الآية ، لظهور اخذ المملوك فى العلية . وهذا مراد المصنف من اجمال المخصص والرجوع الى العمومات .

(ثانيهما) : قوله عليه السلام : « المملوك لايجوز نكاحه ولا طلاقه الا باذن سيده » ـ الحديث . وظاهر النكاح والطلاق هو نكاح العبد لنفسه وطلاقه لنفسه ، وهو تصرف في نفس العبد ولا ربط له بانشائه للغير ، وعلى فرض التنزل وشمول ذلك لإنشائها ـ ولو للغير ـ وظهور الإذن في الإذن السابق لابد من رفع اليد عنه ، لا لماذكره المصنف من قرينة مادل على لحوق الإجازة بنكاح العبدبدون اذن مولاه على أن المراد بالإذن في الرواية أعم من السابق واللاحق ، بل لحكومة قوله عليه السلام « انه لم يعص الله بل عصي سيده فاذا أجاز جاز » . وعليه فان هذه الكبرى

الكلية ناظرة الى نكاح العبد بدون اذن السيد سابقاً ، وقد حكم فيها بقابليته للحوق الإجازة اذا لم يكن عصياناً له تعالى غير قابل لتبدله بالرضا ، ولولم يكن إجماع على عدم لحوق الإجازة بالايقاعات لقلنا بصحة طلاقه ايضاً بالإجازة اللاحقة ، فلا دايل على اعتبار خصوص الإذن السابق في صحة انشاء العبد أصلا .

(ثم) كان المناسب أن يتعرض المصنف لبيان أن اجازة السيد تكون كاشفة أو ناقلة ، فنقول : أما لو قلنا بالكشف الحكمي على القاعدة وانه مقتضى تعلق الإجازة بالعقد السابق فنقول به في المقام أيضاً ، وأما لو قلنا بالكشف الحقيقي وأن المعتبر فى صحة العقد تعقبه بالرضا والإجازة . فحيث انه على خلاف القاعدة فلا بد من القول بالنقل في المقام ، لأصالة عدم حصول الأثر الى زمان تحقق الإجازة .

قوله قده : لو أمر العبد آمر أن يشتري (١)

(١) حاصل هذا الفرع : انه لو أمر العبد امر بشراء نفسه من مولاه أو بغير الشراء من بقية العقود ففعل فهل يصح ذلك ام لا ؟ حكى المصنف بعد ماقوى الصحة البطلان عن القاضي ، وقد استدل عليه بوجهين :

(الأول) استلزامه اتحادالموجب والقابل ، لأن العبد بمنزلة المالك . (وفيه) أنه اولا لم نعثر على مايدل على اعتبار تعدد الموجب والقابل ، فلا مانع من كون شخص واحد وكيلا عن البايع والمشتري ، فأوجب العقد وقبله . وثانياً لااشكال في أن العبد شخص مغاير للمالك ، فهما شخصان لاشخص واحد ، ولا معني لكونه بمنزلة المالك .

(الثاني) انه يعتبر فى صحة العقد وجدان كل من الموجب والقابل لشرائط العقد من آن الشروع فى العقد الى حين انتهائه ، ومن الواضح أن العبد ليس واجداً لشرط وهو اذن السيد حين تحقق الإيجاب ، فان الإذن في الانشاء انما يحصل له بالايجاب بالدلالة الالتزامية ، فحين الايجاب ليس قابلا للقبول . (وفيه) أولاً انا

قوله قـــده : ومن شروط المتعـــاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين (١)

لانسلم اعتبار ذلك كمامر في شرائط المتعاقدين وسيأتي انشاء الله تعالى ، وعلى فرض التسليم إنما نسلم اعتبار البقاء فى الشرائط التي تكون دخيلة في صحة مجموع العقد لا في خصوص الموجب أو القابل كبقاء المال في ملك الموجب مثلاً ، فاذا فرضنا ـ بعد الايجاب وقبل القبول ـ خروج المال عن ملك الموجب ببيع وكيله المال لشخص اخر يبطل بيع المالك ، وأما ما يعتبر فى الموجب أو القابل فانما يعتبر فيه مادام موجباً أو قابلا لاقبله ولا بعده . مثلا : اذا جن الموجب بعد الايجاب وقبل القبول أو أغمي عليه صح البيع بعد لحوق القبول الى الايجاب ، وهكذا لايعتبر أن يكون القابل واجداً لمايعتبر فىالقبول الاحين القبول لاسابقاً عليه ومن حين الايجاب ومن الظاهر أن العبد يكون واجداً لشرط القبول حين انشائه ولولم يكن واجداً له حين الايجاب . ثم على فرض التنزل ايضاً لاوجه للبطلان ، بل يصح لحوق الاجازة كما عرفت ، اللهم الا أن يراد بالبطلان هذا المعنى .

هذا كله اذا أمر بالشراء من المالك ، وأما اذا أمره بالشراء من وكيل المالك فان كان الوكيل مفوضاً ـ حتي فىاذن العبد في شراء نفسه ـ فحاله حال المالك يجري فيه ماذكرناه ، وأما اذا كان وكيلاً في خصوص البيع فلا محالة يكون إنشاء العبد للقبول بدون اذن المالك فيتوقف على اجازة المالك .

اشتراط كون المتعاقدين

مالكين أو مأذونين

(١) تارة يكون العقد صادراً من المالك ـ اي من له السلطنة على العقد ، سواء كان مالكاً أو مأذوناً ، وهذا لااشكال فى صحته من هذه الجهة . واخرى

يكون صادراً من غير المالك من دون أن يلحقه الاجازة لاحقاً ، وهذا لا اشكال في فساده . وهناك وسط بينهما بأن يكون العقد صادراً من غير المالك الا أنه يلحقه الاجازة ، وهذا هو مورد البحث في هذه المسألة .

ثم ان المصنف تعرض قبل الشروع في البحث لبيان أمرين (احدهما) دخول الايقاعات في كل البحث ، أعني جريان الفضولي في الايقاعات وصحتها بلحوق الاجازه وعدمه . (ثانيهما) ان عقد الفضولي اذا كان مقروناً برضا المالك من دون مبرز ـ سواء علم به العاقد من الخارج أو لم يعلم به ـ يكون خارجاً عن الفضولي ولا يحتاج الى الاجازة ، بحيث يجب على المالك بينه مابين الله اذا كان راضياً بالعقد حين تحققه تنفيذه أو يحتاج الى الاجازة أيضاً .

(أما الأمر الأول) فدخول الايقاعات في الفضولي مبني على كون صحة عقد الفضولي على القاعدة وعدمه . فان قلنا بأن صحته على القاعدة بمقتضى عموم « أوفوا بالعقود » وهي العهود كما هو الصحيح فلا محالة لابد وأن يكون اخراج الايقاعات عنها بالدليل ، ولم يقم دليل على ذلك سوى الاجماع المنقول في غاية المرام على بطلان الفضولي في الايقاعات . (وفيه) أنه قد ذكرنا في محله عدم حجية نقل الاجماع خصوصاً اذا لم يكن متكرراً ، فان الظاهر أن ناقل الاجماع في المقام منحصر بغاية المرام فانه موهن لصحة النقل ، وعلى فرض حصول الاتفاق فالظاهر أن مورده خصوص العتق والطلاق . فلا يعم سائر الايقاعات كالابراء ونحوه . مضافاً الى احتمال استنادهم الى ماورد في الطلاق من قوله عليه السلام « الطلاق بيد من أخذ بالساق » وقوله عليه السلام في العتق « لاعتق إلا في الملك » ولادلالة لشيء من ذلك على اعتبار الاذن السابق ، فانه نظير ماورد في البيع من انه « لابيع الا في ملك » .

(وبالجملة) فبناء على صحة الفضولي على القاعدة الظاهر صحة الايقاع

الاذن في المقارن ، بل كل من الاجازة والاذن يستعمل في الرضا السابق والمقارن واللاحق ، فاذا فرضنا ان احداً غصب دار غيره مدة وتصرف فيها ثم رضى به المالك يصح أن يقول « أجزت تصرفاته » أو يقول « أذنت فيها » .

(وبعبارة اخرى) قوله عليه السلام « لايجوز » في الرواية قرينة على أن المراد بالنكاح والطلاق إنما هو المنشأ لا الإنشاء فان المنشاء هو القابل للجواز وعدم الجواز لقابليته للبقاء دون الانشاء . وعليه فان المنشأ قد لايكون مقرونا للاذن اصلا وقد يكون مقرونا بالاذن السابق وربما يكون مقرونا بالاجازة اللاحقة ، فنفى الجواز عما ليس مقرونا بالاذن اصلا وأثبته للمقرون باذن سواء كان سابقا أو لاحقا .

(وأما الوجه الثاني) الراجع الى وجود الدليل علي نفي اعتبار خصوص الاذن السابق فقربه بوجهين :

(الأول) : ان الاذن فى الرواية اعم من الاجازة اللاحقة ، لأنه ذكر فيها النكاح ، ولا اشكال في نفوذ نكاح العبد اذا لحقه اجازة سيده فيكون ذلك قرينه على ارادة الأعم من الاذن . (وأورد) عليه الميرزا بايراد متين ، وحاصله : ان كون النكاح في الرواية هو الأعم ، والا فلم لاينعكس الأمر ويقال : إن الطلاق المذكور فى الرواية وعدم نفوذه بالإجازة اللاحقة اجماعي ، فيكون هذا قرينة على ان المراد من الاذن هو خصوص الاذن السابق ، فهذا الوجه غير تام .

وحاصل الكلام انه بناء على توقف مجرد إنشاء العبد على اذن السيد يقع الكلام في انه اذا أنشأ عن غيره بدون اذن سيده فأجازه السيد بعد ذلك هل يكون انشاؤه قابلا للحوق الرضا ام لا ؟ احتمل المصنف أولا المنع من جهة عدم تعلق حق السيد بمضمون العقد ـ اعنى المنشأ ـ ليكون قابلا للاجازة ، لعدم كون العوضين متعلقاً لحقه ، وإنما تعلق حقه بمجرد الانشاء ، وليس هو قابلا للاجازة لعدم البقاء فيه والاستمرار .

ثم قوى قابليته للحوق الاجازة ، وأفاد في وجهه وجهين : (الأول) ـ وهو مايرجع الى منع المقتضي عن اعتبار أزيد من الاذن في الجملة ، وحاصله : ان مقتضى عموم « أوفوا بالعقود » صحة انشاء العبد مطلقا ، خرج عنه بمقتضى قوله تعالى : « لايقدر على شيء » الدال على نفي استقلال العبد في التصرف حتى الانشاء على الفرض واحتياجه الى السيد ما اذا لم يكن انشاؤه مقروناً بالرضا رأساً لاسابقاً ولا لاحقاً . وبما انه مجمل بالاضافة الى انشائه الملحوق باجازة السيد يرجع فيه الى عموم العام ويحكم بصحته .

وهذا الوجه وإن كان تاماً من حيث الحكم الفرعي الا انه ليس جواباً عن الاشكال ، فالمصنف « قده » وإن بين الحكم الفقهي الا انه لم يجب عن الاشكال ـ أعني انشاء العبد قابلا للاجازة ـ فنقول في حله : ان الانشاء ليس الا ابرازاً للإعتبار ، ولايترتب عليه بما هو انشاء اثر أصلا ، وانما الأثر مترتب على المنشأ ـ اعني مضمون العقد ـ والاعتبار النفساني لكن لامطلقا بل بما انه برز ، فنفس الانشاء حيث لا يترتب عليه الأثر لامعنى للحوق الاجازة به ، بل لابد وأن يلحق الاجازة بمضمون العقد . (وتوهم) كونه متعلقاً لحق مالك العبد لعدم كونه مالكاً للعوضين ، ممنوع ، فان تعلق الحق بمضمون العقد لاينحصر بما اذا كان ذا الحق مالكاً لأحد العوضين ، بل يثبت الحق لمالك العبد متعلقاً بمضمون العقد الذي انشأه مملوكه من حيث كونه برزه مملوكه .

(وبعبارة اخرى) ما اعتبره العبد في مقام الانشاء هو متعلق لحق مالكه ويتعلق به الاجازة ، وهو امر له البقاء والاستمرار ويؤكده اسناد الجواز وعدمه في الروايتين الىنفس الطلاق والنكاح ، وقوله عليه السلام « أفشيء الطلاق » وهو ظاهر في حقيقة العقد أو الايقاع الخاص ولم يسند شيء من ذلك الى الانشاء ، فالاشكال مندفع من أصله . ونظير اعتبار اجازة العمة والخالة في تزويج ابن أخيها

أو ابن اختها ، فانها تتعلق بمضمون العقد وواقع الزوجية لابالانشاء السابق ، ولذا صححنا فيها الاجازة اللاحقة ولم نعتبر فى صحته الاذن السابق منها .

(وأما الجواب الثاني) الذي ذكره المصنف الراجع الى اقامة الدليل على كفاية الاجازة المتأخرة فقد عرفت أنه «قده» قربه بوجهين : (أما الوجه الأول) فقد تقدم الكلام فيه فلا نعيده (وأما الوجه الثاني) فهو التمسك بالروايات الواردة فى تزويج العبد لنفسه من وجهين : احدهما قوله عليه السلام فيها « فاذا أجاز جاز » ومقتضاه صحة تزويج العبد لنفسه ولو كان هو المنشيء للعقد .

(وبعبارة اخرى) تزويج العبد لنفسه غير نافذ لأنه تصرف في مملوك المولى ولو كان المنشيء للعقد شخصاً آخر ، وانشاؤه للعقد غير نافذ ولو كان التزويج لشخص اخر ، وقد اجتمع كلتا الجهتين في مورد الرواية فحكم فيها بالصحة اذا لحقت الاجازة ، فيستفاد منها لحوق الاجازة بانشاء العبد أيضاً .

(وببيان ثالث) كل من تصرف العبد في نفسه وانشاؤه العقد ممنوع عنه وضعاً ، واجتمعا في تزويج العبد لنفسة . ففيه جهتان لعدم النفوذ ومع ذلك حكم الامام عليه السلام بصحته اذا لحقته الاجازه ، فاذا لم يكن فى البين الا جهة واحدة - بأن انشأ العبد النكاح لغيره - كان أولى بالصحة اذا لحقته اجازة المالك .

وقد أورد عليه الميرزا بما حاصله : ان لحوق الاجازة بانشاء العبد بنحو المعنى الحرفى ، أي تبعاً لاجازة مضمون العقد لايستلزم لحوقها اليه بنحو المعنى الاسمي - أي مستقلا - (وفيه) أنا لم نفهم المراد من المعني الحرفي والاسمي في المقام ، فان الانشاء معنى حرفي دائماً ، غاية الأمر فى مورد الرواية يكون اجازته بالدلالة الالتزامية . فان اجازة التزويج يستلزم اجازة الانشاء أيضاً ، وفي غيره يكون لحوق الاجازة به بالمطابقة ، فاذا كان قابلا للحوق الاجازة لايفرق فيه بين كونه بالمطابقة فاذا كان قابلا للحوق الاخازة لايفرق فيه بين كونه بالمطابقة أو بالالتزام ، الا أن

اصل استدلال المصنف بترك الاستفصال فاسد ، وذلك لأنه عليه السلام قال : « اذا أجاز جاز » ، وتختص الاجازة بما يكون قابلا ، فاذا فرضنا عدم قابلية تزويج العبد لنفسه اذا كان بانشائه للحوق الاجازة لايعمه اطلاق الرواية ويختص بالصورة الأخرى ـ أعني ما اذا كان تزويجه لنفسه بانشاء غيره ـ .

(وبعبارة اخرى) لو ورد نص بالخصوص على لحوق الاجازة بتزويج العبد فيما اذا كان هو المنشيء لرفعنا اليد عن الاشكال بسبب التعبد ، وأما اذا لم يكن في البين إلا اطلاق متوقف على جريان مقدمات الحكمة فنفس مابنينا عليه من استحالة لحوق الإجازة بالإنشاء كاف في عدم تمامية المقدمات ، فلا يتحقق الإطلاق .

(التقريب الثاني) تمسكه بذيل بعض الروايات ، وهو قوله عليه السلام : « انه لم يعص الله وإنما عصى سيده » فانه عليه السلام في مقام تعليم الإستدلال والرد على بعض العامة القائل بفساد انشاء العبد بعد لحوق الإجازة كابراهيم النخعي بين كبرى كلية ، وهي ان المنع إن كان من جهة عصيان من لايبدل عصيانه بالرضا لإستحالة البداء في حقه ـ كما في المحرمات الذاتية كالتزويج بالمحارم أو في العدة ـ لايصح الإجازة ، وأما ان كان من جهة عصيان من يمكن البداء في حقه وبدله بالرضا ـ كما في عصيان المولى العرفي فان الإنسان كثيراً ما لا يرضى بشيء ثم يبدو له فيرضى به ويراها صلاحاً لنفسه ـ فيصح بلحوق الاجازة ، وهذه الكبرى الكلية تنطبق على انشاء العبد عن غيره ، فانه ليس من المحرمات الذاتية بل المنع عنه انما هو من جهة عصيان السيد فيرتفع اذا تبدل بالرضا .

ويرد على هذا التقريب الايراد المتقدم والجواب المتقدم كما يرد الاستدلال ماذكرناه من اختصاص ذلك بماهو قابل للإنقلاب والتبدل ، فاذا فرضنا ان الانشاء يوجد وينعدم ولابقاء له ويستحيل تبدل العصيان فيه بالرضا فلامحالة يكون خارجاً عن هذه الكبرى . (فتحصل) من جميع ماذكرنا ان انشاء العبد لايتوقف على اذن

الفضولي ايضاً حتى الطلاق والعتق ، وأما بناء على كون صحته على خلاف القاعدة بمقتضى النص فالايقاعات ـ وان كانت خارجة لعدم ورود نص فيها ـ الا أن لازم ذلك عدم صحة الفضولي في جملة من العقود أيضاً كالهبة والاجارة ، لاختصاص النص بالنكاح والبيع ، فالتعدي لاوجه له .

(وأما الجهة الثانية) : فظاهر المصنف صحة العقد الفضولي اذا كان مقترناً مع رضا المالك وطيب نفسه وعدم احتياجه الى لحوق الإجازة ، واستدل عليه بوجوه : (الأول) عموم قوله تعالى « أوفوا بالعقود » . (الثاني) قوله تعالى « الا أن تكون تجارة عن تراض » . (الثالث) قوله عليه السلام « لايحل مال امرىء مسلم الاعن طيب نفسه » فان الرضا وطيب النفس موجود على الفرض . (الرابع) رواية عروة البارقي ، فان انشاء العقد على مال الغير بدون اذنه وإن لم يكن ممنوعا منه الا أن قبضه وإقباضه لايحل بدون الرضا المقارن والا فيكون حراما ، وتقريره صلى الله عليه واله وسلم لفعل عروة يدل على كفاية الرضا المقارن . (الخامس) ماورد في نكاح العبد وسكوت مولاه (١) وهكذا ماورد في سكوت البكر وانه

---

(١) عقد فى الوسائل بابا لهذه المسألة ص ٥٢٥ ، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والاماء ، ج ١٤ طبع الحديث نقل فيها ثلاثة أحاديث واليك بعضها :

« محمد بن يعقوب ، عن محمد بن يحيى ، عن أحمد بن محمد ، عن علي بن الحكم عن معاوية بن وهب قال : جاء رجل الى أبي عبد الله عليه السلام فقال : إني كنت مملوكا لقوم ، وإني تزوجت إمرأة حرة بغير إذن موالي ثم أعتقوني بعد ذلك ، فأجدد نكاحي إياها حين اعتقت ؟ فقال له : أكانوا علموا أنك تزوجت امرأة وأنت مملوك لهم ؟ . فقال : نعم وسكتوا عني ولم يغيروا عليّ قال : فقال : سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم . اثبت على نكاحك الأول » .

رضا منها (٢) .

ثم انه « قده » ذكر انه لو اشكل في عقود غير المالك فلا ينبغي الاشكال في عقد العبد نكاحاً أو بيعاً مع العلم برضا السيد ولو لم يأذن له ، ولكن الميرزا ناقش فى كفاية الرضا المقارن مطلقا ، وأصر في الإنكار على المصنف (ونقول) الصحيح هو التفصيل ، بين ما اذا كان العقد مستنداً الى من يعتبر استناده اليه مع قطع النظر عن الرضا والإجازة وما إذا كان استناده اليه غير ثابت وأريد اثباته بالرضا المقارن فيكفى الرضا وطيب النفس فى الأول دون الثاني : أما عدم الكفاية في الثاني فلفساد استدلال المصنف بالوجوه المتقدمه :

(أما الوجه الأول) فيرده ماذكرناه من أنه خطاب الى العاقدين : ولايكون العقد عقد المالك ولا يستند اليه بمجرد رضاه مالم يجزه لاحقاً أو يأذن فيه سابقاً :

(وأما الوجه الثاني) فكذلك يرده أن التجارة والتكسب لايصدق الا بعد الإذن ، ولايصدق بمجرد رضا المالك بعقد غيره انه اتجراو تكسب .

وبهـذا يظهر الجواب عن الاستدلال بقوله تعـالى : « أحل الله البيـع » لو استدل به أحد ، فان موضوعه أيضاً هو البيع المستند الى المالك .

وأماحديث « لايحل » وتخيل بعض المحشين أنه آية توهماً من عطف المصنف فزعم انه معطوف على قوله تعالى « تجارة عن تراض » وهو ظاهر الفساد ، ففيه : ان الحل لو أريد به الحل التكليفي فهو خارج عن محل الكلام ، لأنه ليس بحثنا في جواز إيقاع الإنشاء على مال الغير تكليفاً برضاه أو بدونه فانه أمر واضح ، وان اريد به الأعم ـ كما هو الظاهر لأن الحل بمعنى الارسال وفتح الطريق في مقابل

---

(٢) ذكر في الوسائل في الباب ٥ من أبواب أولياء عقد النكاح ، ص ٢٠٦ من ج ١٤ روايات ثلاث دلت على كفاية سكوت البكر على نحو يظهر منه عدم الكراهة في استيذانها . واليك بعضها : ـــ

السد - فيرد عليه ماذكرناه في بعض مباحث الاصول ، وعلى الظاهر كان في أواخر باب النواهي رداً على ابي حنيفة ، حيث استدل على عدم دلالة الاستثناء على الحصر بقوله عليه السلام « لاصلاة الابطهور » و « لاصلاة الابفاتحة الكتاب » وقلنا انه في موارد نفي الحقيقة ليس الاستثناء حقيقياً كقوله « جاء القوم الا زيداً » ليدل على الحصر ، وانما هي صورة استثناء . وفي الحقيقة اشارة الى الشرطية أو الجزئية .

(وبعبارة اخرى) لسان هذه التراكيب لبيان النفي - اي نفي الصحة - عند فقدان القيد لا الاثبات ، أعني كفايته في الصحة وكونه علة تامة لها ، فمعنى قوله عليه السلام « لا صلاة الا بفاتحة الكتاب » اعتبارها فيها ، لا ان حقيقة الصلاة هي القراءة او الطهور ليدل على الحصر ، والنبوي أيضاً من هذا القبيل ليس فيه دلالة على الحصر ، بل غاية مفاده اعتبار طيب النفس في الحل ، وأما كون الحل به فقط فلا يستفاد منه فلا ينافيه اعتبار الاستيذان بدليل .

وأما رواية عروة فيحتمل أن تكون أجنبية عن الفضولي رأساً وكونه وكيلا مفوضاً من قبل النبي صلى الله عليه وآله وسلم لأنها واردة فى قضية شخصية ، وثانياً مايستفاد منها انما هو كفاية الرضا فى التصرفات الخارجية من القبض والاقباض ، ولا اشكال فى كفاية الرضا الباطنى فيها ، وانما الكلام فى كفايته فى التصرفات الاعتبارية ولا دلالة فيها على ذلك .

(وأما ماتمسك به - قده) مما دل على ان علم المولى بنكاح العبد وسكوته اقرار منه ، وهكذا ماورد في سكوت الباكرة (ففيه) أما سكوت الباكرة فلايبعد

— « محمد بن يعقوب ، عن محمد بن يحيى ، عن أحمد بن محمد ، عن أحمد بن محمد ابن أبي نصر قال : قال أبوالحسن عليه السلام : فى المرأة البكر إذنها صماتها ، والثيب أمرها اليها » .

(محمود علي الحسيني)

قوله قده : مع أن كلمات الأصحاب (١)

قوله قده : لو سلم كونه فضولياً (٢)

أن يكون كاشفاً عرفياً عن الرضا ، فانها لعفتّها تخجل عن التصريح فتسكت والا فمن اين يستكشف رضاها ، وعليه فلا ربط له بالمقام ، وأما سكوت المولى فيمكن أيضاً كونه كاشفاً عرفياً ويكون إذناً منه ، ومع التنزل لابد من الاقتصار على مورد الرواية وما يكون من قبيله ، أي العقود التي يكون الاستناد فيها متحققاً مع قطع النظر عن الرضا ، كالتزويج ببنت اخ الزوجة أو ببنت اختها ، فان استناد العقد الى الزوج موجود ، وانما اعتبر فيه رضا العمة أو الخالة ، فيكفي طيب نفسها ولو لم يكن مبرزاً ، وهكذا بيع الغير المرهونة ، ولا يتعدى عن ذلك الى العقد الفاقد للاستناد كبيع الفضولي المقرون بطيب نفس المالك ، فعليه لابد من التفصيل بين القسمين كما ذكرناه ، ولا وجه لما ذكره الميرزا « ره » من اعتبار الاذن اوالإجازة في كلا القسمين .

(١) تمسك - قدس سره - بكلمات بعض العلماء ، واستظهر منها كفاية الرضا المقارن في صحة العقد ، كقولهم في الاستدلال على صحة الفضولي اذا لحقه الرضا : ان الشرائط كلها حاصلة الا رضا المالك ، وان السكوت لايكفي في الإجازة لأنه اعم من الرضا . (وفيه) أولا لايبعد أن يكون مرادهم خصوص الرضا المبرز . فانهم ذكروا من جملة شروط العقد الاختيار ، والظاهر أن مرادهم بالرضا في المقام هو الاختيار الذي اعتبروه ، وهو عبارة عن الرضا المبرز . وثانياً ليس كلماتهم آية ولا رواية لتكون حجة يتمسك بها .

(٢) ذكر انه ولو سلم كون عقد الفضولي المقارن لرضا المالك داخلا في الفضولي موضوعاً إلا أنه ليس كل فضولي متوقفاً على الإجازة ، لعدم ثبوت دليل مطلق في المقام ، كما احتمل عدم التوقف على الإجازة فيمن باع ملك غيره ثم ملكه

قوله قده : مع انه يمكن الاكتفاء (١)

(وفيه) انه ان دلّ دليل على كفاية الرضا المقارن في صحة العقد فالعقد المقرون به لايكون فضولياً ، والا فلابد من الإجازة اللاحقة .

(وبعبارة اخرى) إن قلنا بتحقق الإستناد بمجرد الرضا وشمول عموم « أوفوا بالعقود » للعقد الفضولي المقرون برضا المالك فلاوجه لكونه فضولياً والاّ فلا بد من الإجازة ، ولا يكفي الرضا المقارن ولا واسطة بين الحدين .

(١) الاكتفاء بالرضا الحاصل بعد البيع ولو آناً مافي الإجازة لامعنى له ، لأنه لو كان مبرزاً يكتفي بتحققه مقارناً للعقد ، والا فلا يكتفي بالرضا الحاصل بعد البيع كما لايكتفي بالمقارن منه .

(ثم انه) قد يستدل على صحة العقد المقرون برضا المالك بما ورد من قوله عليه السلام في الضيعة « لاتشترها الا من مالكها أو بأمر منه أو برضاه » حيث قرن الرضا بأمر المالك . وقد ورد هذا المضمون في روايتين (١) احداهما لابأس بها من حيث السند ، والظاهر أن المصنف ذكرها في بيع الأراضي الخراجية .

وكيف كان يرد عليه (أولاً) انه لايبعد ان يراد به الرضا المبرز لامطلقا ، وعلى فرض التنزل تكون نظير قوله عليه السلام « لايحل مال امرىء مسلم الا بطيب نفسه » وقد ذكر أن لسانه النفي دون الاثبات ، ولا يستفاد منه صحة العقد بمجرد رضا المالك ، كما لايستفاد منه الإكتفاء بمجرد امره او كون الشراء من المالك وعدم اعتبار بقية الشرائط ، وهذا واضح .

---

(١) وقد ذكرها في الوسائل في باب ١ من أبواب عقد البيع ص ٢٤٨ من الجزء ١٤ المطبوعة أخيراً . واليك نصها :

« محمد بن الحسن ، عن الحسن بن محبوب ، عن العلاء ، عن محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال : سأله رجل من أهل النيل عن أرض-

قوله قده : ثم اعلم ان الفضولي قد يبيع للمالك (١)

(١) ذكر أن البحث عن الفضولي يقع في مسائل ثلاث : « الأولى » ان يبيع من لايملك البيع للمالك من دون أن يسبقه منع منه . « الثانية » أن يبيع للمالك مع سبق المنع منه . « الثالثة » أن يبيع لغير المالك إما لنفسه وإما لشخص ثالث .

ومن الظاهر أن المسألة الأولى تكون اساساً للمسألتين الأخيرتين ، فانه لو قلنا بالفساد في المسألة الأولى من جهة عدم حدوث البيع مستنداً الى المالك فلابد من القول بالفساد في الثانية والثالثة أيضاً . لأن تلك الجهة جهة مشتركة بين المسائل

ـ اشتراها بفم النيل ، وأهل الأرض يقولون هي أرضهم ، وأهل الاسنان يقولون هي من أرضنا ، فقال : لاتشترها الا برضا اهلها .

ورواه الكليني ، عن عدة من اصحابنا ، عن سهل بن زياد وأحمد بن محمد ، عن ابن محبوب » .

« أحمد بن علي بن أبي طالب الطبرسي في (كتاب الإحتجاج) عن محمد بن عبد الله بن جعفر الحميرى أنه كتب الى صاحب الزمان عليه السلام : أن بعض أصحابنا له ضيعة جديدة بجنب ضيعه خراب للسلطان فيها حصة واكرته ربما زرعوا وتنازعوا فى حدودها ، وتؤذيهم عمال السلطان ، وتتعرض فى الكل من غلات ضيعة ، وليس لها قيمة لخرابها ، وانما هي بائرة منذ عشرين سنة ، وهو يتحرج من شرائها لأنه يقال : ان هذه الحصة من هذه الضيعة كانت قبضت من الوقت قديماً للسلطان ، فان جاز شراؤها من السلطان كان ذلك صونا ـ او صوابا ـ وصلاحاً له وعمارة لضيعته ، وانه يزرع هذه الحصة من القرية البائرة بفضل ماء ضيعته العامره ، وينحسم عن طمع اولياء السلطان ، وان لم يجز ذلك عمل بما تأمره به انشاء الله . فأجابه : الضيعة لايجوز ابتياعها الامن مالكها اوبأمره او رضى منه» .

(محمود على الحسيني)

الثلاث ، فالمسألتان الأخيرتان مشتملتان على تلك الجهة مع شيء زائد ، وهو سبق منع المالك في الثانية ووقوع البيع لغير المالك في الثالثة ، فاذا أوجب ذلك فساد البيع في الأولى لأوجبه فيهما أيضاً (وأما لو قلنا) بصحة البيع في المسألة الأولى لعدم استلزام عدم استناد البيع حدوثاً الى المالك الفساد فيكون للبحث عن المسألتين الأخيرتين مجال ، فيبحث عن أن سبق المنع من المالك يوجب الفساد أم لا ؟ وعن أن وقوع البيع عن غير المالك الذي هو مناف لمقتضى العقد يوجب الفساد أم لا ؟

بيع الفضولي للمالك

(أما المسألة الأولى) فهي المتيقن من مورد الحكم بصحة الفضولي كما ذكره المصنف «ره» والمشهور بين القدماء فيها هو الصحة ، وقد خالف فيها بعض المتأخرين كالأردبيلي والسيد الداماد ، ويدل على صحته عموم قوله تعالى : « أوفوا بالعقود » وإطلاق قوله تعالى « أحل الله البيع » ، فانا ذكرنا في الخطاب فيهما الى الملاك لا الى غيرهم ، فلابد وأن يكون البيع مستنداً الى المالك ليعمه العموم او الاطلاق، الا انه لايختص بما اذا كان العقد مستنداً الى المالك حدوثاً ، بل يعم ما اذا كان مستنداً اليه ولو بقاء . ومن الظاهر أن التصرفات الاعتبارية ليست كالأفعال الخارجية التي لاتستند الى غير الفاعل بالاذن ولا بالإجازة كالأكل أو الشرب ، فانه لايكون اكل الآذن لاذنه فيه ، بل هي قابلة للإستناد الى المالك إما حدوثاً كما في عقد الوكيل وإما بقاء كما فى العقد الفضولي اذا لحقه إجازة المالك ، فانه أمر له استمرار وبقاء قابل للحوق الإجازة به ، فيكون بقاءاً عقد المالك ، فيعمه العموم والإطلاق .

والظاهر أن هذا مراد المصنف من قوله « وهومدفوع بالأصل » أي الأصل اللفظي ، أعني أصالة العموم أوأصالة الإطلاق لا الأصل العملي ، اذ ليس فى المقام

قوله قده : بقضية عروة البارقي (١)

اصل عملي يقتضي نفي اعتبار مقارنة الإذن للعقد ، بل الأصل العملي يقتضى الفساد

(وبالجملة) فنفس العموم أوالإطلاق كاف في صحة العقد الفضولي اذا لحقه الإجازة من دون حاجة الى التمسك بدليل خاص .

(١) استدل على صحة الفضولي بروايتين : (احداهما) : رواية عروة البارقي ، فان بيعه كان فضولياً بلا اشكال كما افاد المصنف ، ويحتمل كون شرائه أيضاً فضولياً ، فان ماأذن النبي صلى الله عليه واله في شرائه إنما كان شراء شاة واحدة لا شاتين ، فشراؤهما يكون فضولياً لامحالة .

وقد أجيب عنه بأن المأذون فيه إنما كان شراء طبيعي الشاة لاخصوص الواحدة كما ذكره السيد في حاشيته ، ولكن الظاهر أن المأذون فيه إنما كان الشاة الواحدة للأضحية لاجنس الشاة ، الا انه مع ذلك لم يكن الشراء فضولياً ، لأن شراء الشاة الواحدة بدينار كانت مأذوناً فيها بالمطابقة وشراء الشاتين بدينار بالالتزام أو بالأولوية ـ فتأمل . فالشراء لم يكن فضولياً .

وقد ذكر المصنف أن الاستدلال بهامبنى على أن يكون العقد المقرون برضا المالك داخلا في الفضولي ، لأن ظاهر تقرير النبي صلى الله عليه واله أن قبض عروة وإقباضه لم يكن حراماً ، فلابد إما من الإلتزام باقتران الشراء والقبض والإقباض برضا المالك أو القول بجواز التصرف في البيع الفضولي اذا علم عروة بلحوق الإجازة أو علم برضا النبي باقباض ماله للمشتري حتى يستأذن وكون دفع الثمن من المشتري على نحو استيمان البائع . ثم اختار أن الظاهر هو الأول ، فيكون الاستدلال بهامبنياً على ماذكره .

(ونقول) يرد على الاستدلال بهذه الرواية :

(أولا) انها ضعيفة السند لأنها عامية مروية من طرقهم ولم يعلم استناد الأصحاب اليها ، فانهم ـ وإن ذكروها في مقام الاستدلال على صحة عقد الفضولي

من الشيخ ومن تأخر عنه ـ الا أن اعتمادهم عليها في مقام العمل والفتوى غير ثابت لأنهم ذكروها في جملة الأدلة ، وكثيراً ما تذكر رواية عامية في ضمن الأدلة للتأييد ونحوه من غير اعتماد عليها .

(وثانيا) انها قضية خارجية ، ومن المحتمل أن عروة كان وكيلا مفوضا من قبل النبي صلى عليه واله ففعله خارج عن الفضولي .

(ثانيتها) صحيحة محمد بن قيس عن ابي جعفر الباقر عليه السلام قال : «قضى امير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها وابوها غائب فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر فقال : وليدتي باعها ابني بغير اذني . فقال عليه السلام : الحكم أن تأخذ وليدته وابنها . فناشده الذي اشتراه فقال له : خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتي ينفذ البيع لك . فلما رآه ابوه قال له : ارسل ابني . قال : لا والله لا ارسل ابنك حتى ترسل ابني . فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز البيع » .

وقد استدل بها على صحة الفضولي بالإجازة ، وهي من حيث السند صحيحة لابأس بها ، وإنما الكلام في دلالتها ، فانه ربما يقال : انها غير معمول بها في موردها ـ وهو الاجازة بعد الرد ـ فانها فاسدة اجماعاً فلابد من رد علمها الى أهلها . والشاهد على الرد فيها امور ثلاثة : (الأول) اخذ الوليدة وابنها ، بل وحكمه عليه السلام به على نحو الاطلاق ، فانه ظاهر في رد البيع عرفاً (الثاني) مخاصمته الى امير المؤمنين عليه السلام ، ولامعني له لولا الرد (الثالث) مناشدة المشتري له عليه السلام ، فانه أيضاً ظاهر في رد البائع وان المشتري طلب من الإمام عليه السلام علاجاً لرده .

(ولكن الظاهر) عدم الدلالة في شيء منها على الرد ، لأن الرد إنما هو بمعنى حل العقد ، وهو غير الكراهة ، ولابد له من مبرز ، وليس اخذ الوليدة وابنها مبرزاً لحل العقد ، بل هو أعم منه ، فانها مالم يتحقق الإجازة تكون باقية في ملك

المالك الأول ، فله أن يأخذ ماله حتى يتأمل في الرد والإجازة ، فان رد فهو وإن اجاز يرد المال الى المشتري ، واطلاق حكمه عليه السلام بالأخذ تكون من هذه الجهة. وهكذا المخاصمة فانها انما كانت من جهة بقاء المال على ملك المالك الأول فأراد استنقاذها من المشتري حتى يتأمل في ان صلاحه في الرد أو في الإجازة . وأما مناشدة المشتري للإمام عليه السلام فيمكن أن يكون من جهة علاج عدم الإجازة لاالرد ، فسأل الامام أن يعلمه طريقاً لأن ينتهي الأمر الى اجازة المالك ، فاذاً ليس مورد الرواية الاجازة بعد الرد .

(والحاصل) ان الصحيحة ليس فيها أدنى ظهور فى أن الاجازة بعد الرد ، وذلك لأن الرد ليس مجرد عدم الرضا وإنما هو بمعنى حل العقد نظير الفسخ ، فلابد فيها من مبرز إما لفظ صريح اوفعل يكون لازماً مساوياً للرد ، كما ان الفسخ بالفعل أيضاً لايكون الا بفعل مساوٍ له . مثلاً : اذا باع المالك لنفسه في المجلس ماله لشخص آخر ثانياً فانه لازم مساوٍ لفسخ البيع الأول ، وهكذا إذا وطىء الأمة التي باعها في زمان الخيار فانه مساوٍ للفسخ فيكون فسخاً ، وهكذا في الرجوع فان النظر الى المطلقة بما لايجوز النظر اليها لغير الزوج أو وطيها يكون لازماً مساوياً للرجوع فيدل عليه بالالتزام .

وأما اذا لم يكن الفعل لازماً مساوياً لذلك فلا يكون مصداقاً له ، وفي الصحيحة ليس شيئا من الأفعال الثلاثة لازما مساويا للرد بل كلها لازم أعم له ، فانها لازم لعدم الرضا ، فليس فيها دلالة التزامية على الرد . أما الأخذ فلأنه يمكن أن يكون من جهة عدم رضائه بالبيع ، وكون الوليدة باقية فى ملكه ولا يرضى ببقائها تحت يد الأجنبي ، وهكذا المخاصمة . وأما مناشده المشترى فيحتمل أن يكون طلبا لعلاج عدم رضاء السيد بالبيع ، فليس في هذه الأمور دلالة على الرد لتكون الإجازة بعد الرد .

والمصنف حيث سلم ظهورها فى الرد قرب الاستدلال بالصحيحة بوجه آخر وحاصل ما أفاده : هو أن الاستدلال ليس بالحكم الشخصي وهو الإجازة بعد الرد ليكون التعدي منحصراً بما يساويه في الخصوصيات وهو الإجازة المسبوقة بالرد ، والمفروض قيام الإجماع على عدم نفوذها فلا يمكن ذلك ، بل الإستدلال يكون بذيل الصحيحة ، أعني قوله عليه السلام « فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز البيع » الصريح فى صحة بيع الفضولي بلحوق الإجازة ، وان لم يكن تطبيق ذلك على مورد الصحيحة (وفيه) ما لايخفي ، فان الرواية ان كانت مشتملة على عموم أو اطلاق يستفاد منها كبرى كلية ولم يمكننا تطبيقها على المورد امكن القول بأن الاستدلال ليس بالحكم الشخصي الثابت للمورد ، وإنما يستدل بالكبري الكلية فيما ليس من قبيل المورد وإن لم يعرف تطبيقها عليه نظير ماورد في رواية ابن بكير التي سأل فيها الامام عن السنجاب والسنور والفنك ، فأخرج كتابا باملاء رسول الله وفيه ما حاصله : « إن الصلاة فى وبر مالايؤكل لحمه وشعره وجلده فكل شيء منه غير جائز ولايقبل الله تلك الصلاة حتى يصليها في غيره مما أحل الله اكله » . (١) فان الصلاة فى السنجاب جائز قطعا ، فالكبرى لاتعم موردها ، الا أنه يمكن التمسك بها لغير ذاك المورد .

---

(١) أصل الرواية على ما في الوسائل ص ٢٥٠ من الجزء الثالث المطبوع حديثا هكذا .

محمد بن يعقوب ، عن علي بن ابراهيم ، عن أبيه ، عن ابن عمير ، عن ابن بكير قال : سأل زرارة أبا عبد الله عليه السلام عن الصلواة في الثعالب والفنك والسنجاب وغيره من الوبر ، فأخرج كتابا زعم أنه إملاء رسول الله (ص) : أن الصلواة في وبر كل شيء حرام اكله فالصلوة فى وبره وشعره وجلده وبوله وروثه وكل شيء منه فاسد ، لاتقبل تلك الصلوة حتي يصلي فيغيره مما أحل الله أكله . –

وأما اذا لم تكن الرواية مشتملة على عموم ولا على إطلاق وإنما كانت مشتملة على حكم شخصي ولم يكن معمولا بها في ذاك المورد وأمثاله فليس هناك حكم آخر يتمسك به . وفي المقام من هذا القبيل ، فان ماذكر فى الصحيحة ليس الا حكم القضية الشخصية ـ أعني بيع الوليدة بتلك الخصوصيات ـ فاذا لم تكن معمولة بها في ذلك المورد وما يساويه ليس فيها عموم أو اطلاق يتمسك به .

(هذا) ولكن عرفت أنه ليس فيها أدنى ظهور في الرد ، فلا تصل النوبة الى هذه التطويلات اصلا ، كما لامجال حينئذ لما ذكره السيد في حاشيته من التمسك بالصحيحة فى موردها والحكم بجواز الإجازة بعد الرد اذا كان فعليا ، وذلك لأن دليل عدم نفوذ الإجازة بعد الرد إنما هو الاجماع ، وهو دليل لبي لابد من الاقتصار فيه على المتيقن ، وهو ما اذا كان الرد قوليا دون ما اذا كان فعليا لدلالة هذه الصحيحة على جوازها .

نعم يرد عليه اشكالان :

(احدهما) أن ظاهر الصحيحة أن المشترى لم يكن عالما بأن البائع ـ وهو ابن السيد ـ فضولي ، لقول السيد : وليدتي باعها ابنى بغير إذنى . فانه مشعر بعدم كون المشتري عالما بذلك ، كما أن عدم تعرض الامام عليه السلام

ـ ثم قال : يازرارة هذا عن رسول الله (ص) فاحفظ ذلك يازراره فان كان مما يؤكل لحمه فالصلوة في وبره وبوله وشعره وروثه والبانه وكل شيء منه جائز اذا علمت أنه ذكى وقد ذكاه الذبح ، وإن كان غير ذلك مما قد نهيت عن أكله وحرم عليك أكله فالصلوة في كل شيء منه فاسد ، ذكاه الذبح او لم يذكه . انتهى . والكبرى المذكور في هذه الرواية انما لاينطبق على موردها ـ اعني السنجاب ـ لوفرض كون السنجاب مما يحرم أكله ومع ذلك يجوز الصلوة فيه والا فهي منطبقة على موردها كما هو واضح . (محمود علي الحسيني)

لجهة كون المشتري زانياً من اقامة الحـد عليه أو طلب الشهود على ذلك أيضاً شاهد على جهله بالحال وانه اعتمد على يد ابن المولى ، فانها امارة الملكية أو الوكالة اذا علم عدم كونها مالكيه ، وعليه فيكون الولد حراً لأنه من الوطي بالشبهة ، وإذا كان حراً لا وجه لحكمه عليه السلام بأخذه .

وتوهم ان حبس الولد إنما كان لامتناع المشتري من دفع قيمته الى السيدفانه الذي أتلفه عليه فيستحق قيمة مثله يوم الولادة ، كما يظهر من بعض كلمات المصنف وصرح به الميرزا (مدفوع) أولاً بأنه لو قلنا بأن المديون يحبس إذا تسامح في أداء الدين فهو الذي يحبس ولا وجه لحبس حر غيره كالولد مع انه ليس بمجرم أصلاً وثانياً نفرض إمكان حبس الولد الحر لتسامح والـده في أداء دينه إلا انه عليه لا يكون الامام عليه السلام مبيناً حكم المسألة فى الصحيحة ، فان حكم السؤال كان أخذ الوليدة وأخذ قيمة الولد ، وأما حبسه عند امتناع المشتري من الدفع فهو حكم آخر لم يكن مسؤولاً عنه فى الرواية .

(ثانيهما) ما بيّنه الامام عليه السلام للمشتري من انه يأخذ ابن السيد ، فانه أيضاً لا وجه له . وتوهم أن حبسه كان من جهة قبضه الثمن - كما هو المتعارف في أغلب البيوع الفضولية - وإتلافه إياه (مدفوع) أولاً بأنه عليه كان اللازم أن يحكم عليه السلام ابتداءً بأنه يطالبه بالثمن وبما يغرمه السيد من قيمة الولد ، وإذا تسامح عن الدفع يحبسه . وثانياً انه مخالف لقول المشتري عندما طالبه السيد بارسال ابنه « لا والله لا ارسل ابنك حتى ترسل إبني » فانه صريح في ان حبسه لم يكن من جهة دفع الثمن وإنما كان من جهة أن يجيز السيد البيع ، ولم نعرف لذلك وجهاً ، ولعل القضية لم تنقل بتمامها الينا وكان فيها خصوصيات تقتضي أخذ الولد، وكيف ما كان لا يضر عدم فهمنا لذلك بالاستدلال ببقية جملات الصحيحة على صحة الفضولي بالاجازة ، وذلك واضح .

(ومما استدل به) على صحة بيــع الفضولي قوله عليه السلام في نكاح العبد بدون اذن سيده « انه لم يعص الله وإنما عصى سيده فاذا أجاز جاز » وقد ركن اليه المحقق النائيني بدعوى أن المستفاد من الكبرى الكلية : ان سبب عدم نفوذ العقد إن لم يكن عصيان الله تعالى كالنكاح في العدة بل كان عدم رضا السيد أو من هــو بمنزلة السيد كالمالك ينفذ بلحوق الاجازة منــه ، والعصيان في بيع الفضولي ليس إلا عصيان المالك ، فينفذ اذا أجاز .

(وفيه) انه إن استند عقد الفضولي الى المالك بالاجازة اللاحق ، وشمله عموم « أوفوا بالعقود » الذي هو خطاب الى الملاك ، فلا حاجة الى التمسك بهذه الرواية وأمثالها ، والا فلا يمكن الاستدلال بها أيضاً ، لأن غاية مفادها انما هي كفاية الرضا المتأخر فيما اذا كان العقد بنفسه مستنداً الى من يلزم الاستناد اليه ، ولكنه كان فاقداً لرضا من يعتبر رضاه فيه كما في مورد الرواية ، فيتعدى الى أمثاله كالتزويج ببنت أخ الزوجة أو بنت أختها حيث اعتبر رضاها فى صحته ، وأما العقد الفاقد للاستناد فلا دلالة فى الرواية على صحته بمجرد الرضا المتأخر أو الاجازة المتأخرة .

(وبعبارة اخرى) غاية مفاد الرواية أن الاجازة المتأخرة من السيد تكفي في حصول الرضا لا أنها تكفى فى استناد العقد الى من يلزم استناده اليه .

(ومما استدل به) على الصحة أيضاً الأخبار الواردة في اباحة الخمس للشيعة وهي كثيرة : (منها) ما ورد في غنائم الحرب وشراء الجواري منها ، فانها إمــا ملك للامام عليه السلام بتمامها إذا لم يكن الحرب باذنه وإما للامام فيها الخمس اذا كان الحرب باذنه ، وعلى أي تقدير أباح الامام ذلك لشيعته لطيب ولادتهم .

(ومنها) ما ورد في المساكن والمتاجر ، أي ما يشتريه الشيعي ممن لا يعتقد بالخمس وقد ورد في بعضها ما مضمونه « انا ما انصفناكم إن كلفناكم اليوم » أي الوقت الذي لم يتمكنوا من استنقاذ أموالهم من الناس لعدم وصول الخلافة الظاهرية اليهم ،

فان تكليف الشيعة حينئذ بأداء الخمس مما يشترونه من العامة خلاف الانصاف .

وكيف كان هذه الأخبار بعضها صادرة عن مولانا أمير المؤمنين عليه السلام وفي بعضها تصريح بعدم اختصاص الاباحة بامام دون امام ، فيستفاد منها صحة المعاملات الواقعة على أموالهم عليهم السلام فضولة وبغير إذنهم .

(ونقول) الاستدلال بهذه الأخبار يصح على تقدير ولا يصح على تقدير آخر ، فانه إن قلنا بخروج العقد عن عنوان الفضولي إذا كان مسبوقاً بالرضا المبرز مع عدم وصوله الى العاقد فلا محالة تكون مورد هذه الأخبار خارجاً عن الفضولي وأما إن قلنا بأن الخروج عن الفضولية متقوم باستناد العقد الى المالك وهو متقوم بالاذن - أعني وصول الرضا المبرز الى العاقد ولا يكفي في ذلك مجرد الابراز كما لا يكفي فيه الرضا النفساني المجرد عن المبرز - فالاباحة في الأخبار تدل على المقصود والظاهر هو الثاني لأن الاستناد الى غير العاقد إنما يكون فيما اذا وقع العقد عن اذن المالك ومستنداً اليه ، وأما اذا فرض ان المالك رضي بالعقد بل وكّل غيره فى بيع داره مثلاً وأبرز ذلك لأهله ولكن قبل وصول ذلك الى الوكيل باع الدار فضولة لعدم مبالاته لايقال عرفاً ان المالك باع داره بمجرد رضاه المبرز مع عدم وصوله الى العاقد (وعليه) يكون شراء ماتعلق به حق الامام عليه السلام أيضاً من الفضولي وتكون الاباحة بمنزلة الاجازة المتأخرة ، فيمكن التمسك بهذه الأخبار على الفضولي (١) .

(١) المقصود منها هو الأخبار الوارده في إباحة الخمس للشيعة . وقد نقلها في الوسائل في ج ٦ من المطبوع حديثاً باب ٤ من أبواب الانفال وما يختص بالإمام ص ٣٧٨ .

(ومما يستدل به) أيضاً ما ذكره المصنف بقوله : « وربما يستدل أيضا بفحوى صحة عقد النكاح من الفضولي » ـ الخ . وقد ورد فى بعض الأخبار صحة تزويج الولي العرفي كالأم لابنه أو الأخ لأخيه أو العم لابن أخيه الى غير ذلك إذا أجازه الزوج بعد ذلك (١) ، ومن الظاهر أن لا خصوصية للولي العرفي ، فلاوجه لما نسب الى ابن حمزة من القول بصحة تزويج الولي العرفي كالولي الشرعي (وعليه) فاذا صح تمليك البضع بالاجازة اللاحقة مع اهميته ـ لأنه يكون منه الولد كما صرح به في بعض الأخبار وهو أولى بمراعاة الاحتياط فيه ـ فتمليك المال يصح بطريق أولى .

(وفيه) ان اهمية النكاح من سائر المعاملات غير قابلة للانكار كما صرح به جملة من الأخبار ، فان قوام العالم به ولذا رغب فيه الشارع وحذر عن مقابله وهوالزنا ، الا أن الكلام فى ان أهمية المسبب يوجب التضييق في سببه أوالتوسعة فيه، فان المناسب للأمر المهم المرغوب فيه أن يوسع في سببه ليسهل الوصول إليه لكل احد ، لا أن يجعل سببه ضيقا ، فانه مناسب للأمر المكروه للشارع ، كالطلاق الذي هو مزيل للنكاح ولذا ضيق في سببه من جهات . ألا ترى ان سبب النكاح لو خص باللفظ العربي الفصيح باللهجة العربية لماامكن الوصول اليه لجملة من أهل القرى والبر بخلاف ما اذا اكتفى بكل لغة (وعليه) فالتوسعة في سبب النكاح لايستلزم التوسعة في سبب البيع الذي ليس بتلك المرتبة من الأهمية ، ولذا لم يرغب فيه شرعاً : فالأولوية ممنوعة .

والمصنف « ره » بما انه مسلم بالأولوية جعلها معارضاً بالنص الوارد في الرد على العامة الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل وبين بيعه ، بالصحة فى الثاني دون الأول ، لأن المال منه العوض بخلاف البضع ، قال عليه السلام في

(١) ذكر بعضها في الوسائل ج ١٤ الباب ٨ ص ٢١١ الطبع الجديد .

ردهم « سبحان الله ماأجور هذا الحكم وأفسده ، فان النكاح أولى واجدر أن يحتاط فيه لأنه الفرج ومنه يكون الولد » (١) فانه ـ قدس سره ـ زعم أن المراد بالإحتياط في النكاح هو الحكم بصحته دون البيع ، فيمكن أن يصح النكاح في مورد دون البيع بعكس الأولوية ، فصحة البيع بدون اذن المالك تستلزم صحة النكاح بدون اذن الزوج دون العكس .

(نعم) عليه اذا قام دليل على بطلان التزويج بدون إذن الزوج يدل بالأولوية على بطلان البيع بدون اذن المالك أيضاً ، فتنعكس الأولوية بمقتضى هذه الرواية (وفيه) مالايخفي ، فان حكم العامة بصحة البيع في مفروض الرواية لم يكن مبنياً على الاحتياط ، فان الاحتياط فيه من حيث الفتوى انما يقتضى التوقف عن الحكم بكل من الصحة والفساد ، لأن كلاً منهما مبني على وجوه استحسانية ، فهو من مصاديق قوله تعالى : « قل الله آذن لكم أم على الله تفترون » . وأما من حيث العمل فالأمر دائر بين محذورين ، لأن كلا من الثمن والمثمن يدور امره بين أن يكون ملكا للمشتري أو ملكا للبائع ، فليس الحكم بأحد الطرفين موافقا للاحتياط وانما الاحتياط يقتضى الصلح باقالة اوبيع جديد اونحو ذلك . كما ان الحكم بصحته ايضا ليس موافقا للاحتياط وهكذا الحكم بفساده : أما من حيث الفتوى فواضح ، وأما من حيث العمل فلان القول بالصحة اذا لم يطابق الواقع يوجب الوقوع في الزنا ، والقول بالبطلان مستلزم لجواز تزويج المرأة نفسها للغير ، فاذا خالف الواقع لزم منه الزنا بذات البعل ، فالاحتياط يقتضي تجديد عقد النكاح أو الطلاق .

(وعليه) لايمكن أن يراد بكون النكاح أجدر واحرى بالإحتياط من البيع الأولوية من حيث الحكم بالصحة ، لأنها في البيع لم تكن مبنية على الاحتياط بل هي مخالفة له ، وانما يصح هذا التعبير او كانت صحة البيع من جهة الإحتياط ،

(١) نقله في الوسائل الجزء ١٣ الباب ٢ من كتاب الوكالة ص ٢٨٧ . طبع الجديد .

قوله (قده) : ربما يؤيد صحة الفضولي بل يستدل عليها (١)

فلابد وأن يكون مراده عليه السلام من ذلك ـ والله العالم ـ أن العامة اذا تجرأوا ولم يحاطوا فى البيع حيث لم يتوقفوا ولم يرجعوا الى اهل البيت عليهم السلام وافتوا فيه بالصحة اعتماداً على وجوه عقلية فالأجدر بهم أن يتوقفوا عن ذلك ويحتاطوا في النكاح لأهميته وانه يكون منه الولد ، فأولوية النكاح بالصحة عن البيع أجنبية عن هذه الرواية .

(فقد ظهر) من جميع ماذكرنا صحة العقد الفضولي بالاجازة بمقتضى العمومات وصحيحة محمد بن قيس وان كانت مورداً للمناقشة من عدة جهات . وأما ماورد في النكاح الفضولي فلا دلالة فيه على صحة غيره من العقود الفضولية .

(١) من الوجوه التى أيد بها صحة الفضولي بلحوق الاجازة ماورد فى المضاربة في رجل دفع الى رجل مالاً ليشترى به حزماً من المتاع مضاربة فاشترى غير الذي أمره ـ بأن عين له طريقاً خاصاً او سلعة خاصة فخالفه العامل في ذلك ـ فقال عليه السلام : « هو ضامن والربح بينهما على ما شرطه » (١) .

وذكر المصنف ـ قدس سره ـ انه يستأنس منه صحة الفضولي على تقدير ، ويستدل به عليها على تقدير آخر ، لأن الرواية اذا بقيت على ظاهرها من عدم توقف الصحة على الإجازة ـ كما نسب ذلك الى بعض الأصحاب ـ لكان موردها خارجا عن الفضولي ، الا انه يستأنس منه عدم اعتبار اذن المالك سابقا في صحة البيع وأما إن حملناها على صورة الاجازة بمقتضى مادل على اعتبار رضا المالك فى حصول النقل والانتقال في ماله لكان موردها من العقد الفضولي ، واحتمال اختصاص الحكم بالصحة بموردها ـ اعني المضاربة ـ وإن كان موجوداً ولايمكن

---

(١) فى الوسائل المطبوع حديثا . الجزء ١٣ الباب الأول من كتاب المضاربة ص ١٨٠ .

التعدي عنها الا أن ذلك يكون مؤيداً للمقام .

ونقول : الظاهر عدم امكان التمسك بهـذه الأخبار أصلاً لاتأييداً ولا استدلالاً : (أما على التقدير الأول) فلان الحكم بصحة مال الغير تعبداً في مورد بدون اذن المالك سابقاً ولا اجازته لاحقا اجنبي عما نحن فيه من حصول الصحة بالإجازة اللاحقة التي هي محل الكلام ، فلا وجه لاستيناسها منه أصلا (وأما على التقدير الثاني) فلان الظاهر بحسب ما هو المرتكز فى أذهان التجار أن اشتراط المالك علي العامل أن يشتري نوعا خاصا من المتاع أولا يشتري الامن مكان خاص ليس لغرض شخصي وانما هو لاعتقاده ان الربح يكون فيما يعينه للعامل دون غيره فاذا كان الربح فى الواقع فيما منعه عنه وكان اعتقاده مخالفا للواقع فهو راض بتلك المعـاملة .

(وعليه) فاذا خالفه العامل وربح تكون المعاملة باذن المالك على حسب المضاربة ، واذا خسر يكون ضامنا ، لأنه لم يعمل حسب شرط المالك ، فمورد الرواية أجنبي عن الفضولى بالكلية (ويؤكده) أن معـاملة العـامل لو كانت فضولية لم يكن وجه للحكم بالصحة مطلقا ، بل كانت صحتهـا متوقفة على اجازة المالك ، مضافا الى ان الربح حينئذ كان جميعه للمالك ولم يكن وجه للحكم بتقسيمه على حسب الشرط .

وتوهم كون التقسيم من جهة عمله فانه عمل مسلم محترم (مدفوع) بأن عمله لو سلم كونه محترما ـ معانه ممنوع والا لزم دفع الأجرة اليه حتى في فرض الخسارة ولم يقل به أحد ـ يوجب استحقاقه لأجرة المثل لا لشيء من الربح .

(والحاصل) ان المصنف ذكر ما توضيحه : ان هذه الأخبار الواردة في المضاربة اذا أبقيت على ظاهرها ولم يقيد إطلاقها بما اذا أجاز المالك إتجار العامل فهي ـ وان كانت خارجة عن عنوان الفضولي بل مفادها حكم تعبدي ـ الا انه يمكن

استيناس صحة الفضولي منها ، لأنه يستفاد منها عدم توقف صحة العقد على الإذن السابق ، وإن قيدت إطلاقها بصورة لحوق الإجازة بمقتضى مادل على اعتبار رضا المالك في صحة العقد الواقع على ماله ، فيكون مورد الرواية داخلاً في عنوان الفضولي إلا انها لعدم اشتمالها على كبرى كلية تختص بموردها ولا يتعدى عنها إلا انها تكون مؤيدة للمطلوب .

ونقول : الظاهر أنه لايستأنس منها صحة الفضولي على التقدير الأول ، كما لايمكن الاستدلال بها على التقدير الثاني : (أما على الأول) فلان الحكم بصحة العقد الواقع على مال الغير تعبداً من دون اذنه ورضاه لاربط لها بصحة بيع الفضولي مبنياً على اجازة المالك ، فلامعنى لأن يستأنس من ذلك صحة البيع مثلا بالإجازة اللاحقة (وأما على التقريب الثاني) فلا يمكن الالتزام بكون مورد الرواية داخلا تحت عنوان الفضولي ، لمنافاته مع حكمه عليه السلام فيها بأن الربح يقسم بينهما ، فان البيع لو كان فضولياً لزم رجوع جميع الربح الى المالك ، ولاوجه لتقسيمه حسب قرار المضاربة ، كما انه ينافي ذلك كون الخسارة على العامل ، لأن المعاملة لو كانت فضولية لم تكن الخسارة على العامل على تقديري الصحة والفساد ، لأنه على فرض الصحة تكون الخسارة على المالك وعلى تقدير الفساد وعدم الإجازة يأخذ المالك عين ماله من المشتري الا اذا كانت تالفة ، فحينئذ يمكن أن يغرم العامل .

هذا كله في دفع الاستدلال بهذه الأخبار في المقام ، وأما حكم هذه المضاربة وأن تقسيم الربح بين المالك والعامل وكون الخسارة على العامل هل يمكن تطبيقه على القواعد أو انه حكم تعبدي (ربما) يوجه التقسيم بأن غرض المالك المضارب من المضاربة انما هو الاسترباح على ما هو شأن التجار ، فاذا منع العامل عن شراء شيء أو السفر الى بلد فليس ذلك لغرض شخصي وانما هو لاعتقاده الربح فى ذلك والخسران فى الآخر ، فاذا كان خاطئاً في التطبيق وفرضنا أن العامل اتجر بما منعه

المالك عنه وربح يكشف منه رضاء المالك به من أول الأمر ، فتكون المعاملة مورداً للمضاربة حقيقة وان لم يفهمه المالك من باب الخطأ في التطبيق ، ومن هذه الجهة تقسم الربح بينهما على حسب القرار .

(وفيه) : (أولا) إن باب الفرض والداعي أجنبي عن مداليل الألفاظ والمعتبر هو الثاني ، فاذا فرضنا أن احداً وكل شخصاً فى شراء دار فرأى الوكيل أن شراء الطعام اربح له من شراء الدار فاشترى له الطعام لكونه موافقاً لغرضه فهل يتوهم صحته لذلك ؟ وهكذا إذا وكلت المرأة احداً في تزويجها لشخص لكونه مثرياً فزوجها الوكيل لرجل اثرى منه لموافقته لغرضها فهل يمكن القول بصحة التزويج فان الميزان إنما هو مداليل الألفاظ لا الدواعي والأغراض .

(وثانياً) انه لا يمكن دعوى أن الغرض للتاجر المضارب فى تعيين متاع أو طريق للعامل هو الاسترباح كلية ، اذ قد يكون له غرض آخر ، كما اذا فرضنا انه رجل مقدس يمنع العامل من بعض المعاملات لكونها مكروهة شرعاً كالتعاطي في الأكفان مثلا .

(وثالثاً) هذا التوجيه اخص من مورد الرواية ، فانه انما يتم فيما اذا كان مافعله العامل اكثر ربحاً من المعاملة التى أمر بها المالك ، وإلا فلا يستكشف رضا المالك المضارب بها واقعاً ، فتوجه تقسيم الربح فاسد .

وأما كون الخسارة على العامل فقد وجه على القاعدة بوجهين :

(أحدهما) انه يكون من جهة الشرط الضمني ، فان مرجع المنع عن معاملة خاصة الى اشتراط كون الخسارة على العامل عند المخالفة ، ولا ينافي ذلك ماهو المعروف المسلم من عدم كون العامل ضامناً للخسارة فى المضاربة ، فان المراد به أن المضاربه لا تقتضي ضمان العامل لأنه عامل ، فلا ينافيه ثبوت الضمان بالإشتراط من الخارج ، وقد ورد في بعض الأحاديث أن عباس كان له مال كثير وكان يعطيه

قوله (قده) : الأخبار الواردة في اتجار غير الولي بمال اليتيم (١)

الى الناس بعنوان المضاربة ويشترط عليهم أن لاينزلوا بطن واد ولا يشتروا رطباً والا كانت الخسارة عليهم .

(ثانيهما) ما ذكره الميرزا ، وحاصله : أن ذلك إنما هو على القاعدة لامن جهة الشرط ، فان تصرف العامل لما لم يكن على طبق الشرط فلا محالة يكون عدوانا ، فما كان باقياً من ماله تحت يد العامل يجب رده اليه وماتلف أو صار بحكم الاتلاف بالإتجار يكون ضامناً له .

ونقول : أماالتوجيه الأول (ففيه) انه لاوجه لرجوع تعيين الطريق الخاص أوالمتاع المخصوص الى اشتراط كون الخسارة على العامل مطلقا حتى من غير الملتفت الى ذلك ، مضافاً الى أن صحة هذا الشرط محل الكلام بين الأعلام ، بل المعروف عدم كون العامل ضامنا حتى بالإشتراط .

(وأما التوجيه الثاني) ففيه : أولا ماعرفت من معاملة العامل لو كانت فضولية لاتكون الخسارة على العامل على كلا تقديري الصحة والفساد . وثانيا انه مناف لماهو ظاهر بعض الأخبار الواردة في المقام ، حيث جعل فيها الوضيعة - أعني الخسارة - مقابلا للضمان وقال عليه السلام عند مخالفة العامل للشرط أنه يكون ضامناً ثم بعد ذلك قال عليه السلام ان ربح يقسم الربح بينهما وإن خسر كانت الخسارة على العامل ، فان ظاهره أن ضمان الخسارة والنقصان يكون مقابلا لضمان العين الثابت بمقتضى « على اليد » أو حديث « من أتلف » ، فلا يتم شيء من هذه التوجيهات ، بل الظاهر أن تقسيم الربح وكون الخسارة على المالك حكم تعبدي على خلاف القاعدة ، كما أن نفوذ عقد الوكيل المعزول قبل وصول عزله اليه أيضا على خلاف القاعدة ، وقد ثبت بالتعبد .

(١) تقريب الاستيناس بها ظاهر (١) فانها لو قيدت بصورة إجازة الولي

---

(١) هذه الأخبار نقلها فى الوسائل الجزء ١٢ الباب ٧٥ من كتاب التجارة - ص ١٩٠ من المطبوع أخيراً .

قوله (قده) : وربما يؤيد المطلب بروايه ابن الاشيم (١)

- كما صرح به بعض - كان موردها داخلا في الفضولي وإلا فيستأنس بها لصحة الفضولي ، لأن صحة الاتجار بمال الغير بدون إذن سابق ولا اجازة لاحقة يقتضى صحتها بعد الاجازة بطريق أولى (وفيه) إن جملة من الاخبار الواردة فى الاتجار بمال اليتيم واردة في اتجار الولي وانه ان كان مليا وضمن المال - أي بالضمان الاختياري اعنى الاقتراض - فالربح له والخسارة عليه ، والا فالربح لليتيم والخسارة على الولي ، وبعض الاخبار وإن كانت مطلقة الا انه لايبعد حملها على الولي أيضاً وفي بعضها : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : « ليس في مال اليتيم زكاة الا أن يتجربه فان اتجربه فالربح لليتيم وانوضع فعلى الذي يتجربه » . والمراد بالزكاة الزكاة المستحبة في الاتجار .

(وبالجملة) المستفاد من هذه الروايات غير الولي مطلقا ، والولي اذا لم يكن ملياً أو لم يضمن مال اليتيم واتجر به لنفسه كان الربح لليتيم والخسارة عليه ، فانه تصرف عدواني ولو من الولي . وعلى أي تقدير - اي سواء كان التصرف من الولي لنفسه أو من الأجنبي - كان أجنبياً عما نحن فيه ، أما لو كان هو الأجنبي فلعدم ذكر الاجازة من الولي في الروايات اصلا ، بل لو كان مورداً للفضولي لزم أن يكون الوضيعة كالخسارة على اليتيم ، ولم يكن وجه لكون الربح له والخسارة على التاجر .

(وتوهم) أن الشارع ولي الكل وهو اجاز ذلك . فيه مالايخفي ، فان محل الكلام اجازة من يملك العقد وأما الشارع فاجازته حكمه ، وهو إن كان ثابتاً فثابت قبل العقد لابعد تحققه ، فالظاهر أن ذلك حكم تعبدي ثابت في مال اليتيم ولا ربط له بالفضولي اصلا .

(١) مضمون الرواية أن احداً دفع الى العبد المأذون فى التجارة مالا ليشتري

به نفسها ويعتقها ويحجه عنه أو يحج عنه ـ بصيغة المبني للمفعول ـ فمات فاشترى المأذون أباه واعتقه ودفع اليه باقي المال وحج عنه ثم تنازع مولى المأذون ومولى الأب وورثة الدافع وادعى كل منهم انه اشتراه بماله. فقال ابو جعفر عليه السلام ما مضمونه: إن الحج يمضي على ماهو عليه، وأما المملوك فيرد رقاً لمولاه وأي الفريقين أقاموا البينة بعد ذلك على انه اشترى بماله كان رقاً له الحديث (١).

وتقريب الاستدلال أو التأييد بها: ان الشراء لوكان بمال مالك العبد المعتق كان فاسداً لأنه اشترى بمال مالكه، وان كان بمال مالك العبد المأذون صح ولكنه خارج عن الفضولي، وأما ان كان بمال الميت فلا محالة يكون الشراء فضولياً، لأن الشراء كان بعد موته بدون اذن الورثه، والمفروض انهم اجازوه بعد تحققه، فان مطالبتهم للعبد يكون اجازة للشراء، وقد حكم الامام عليه السلام بأنهم اذا أقاموا البينة على انه اشترى بمالهم كان رقاً لهم، ومعناه صحة الشراء الفضولي اذا فرض انهم اقاموا البينة على ذلك.

(هذا) وفيه ـ مضافاً الى ضعف السند بان ابن الأشيم غير ممدوح ـ ضعف الدلالة لأن من المحتمل أن الورثة أيضاً كان لهم مال عند المأذون، فيدعون أن العبد اشترى بمالهم، فيخرج الشراء حينئذ عن الفضولية ـ فتأمل. فكون الشراء فضولياً مبني على احد أمرين: إما أن يكون دفع الميت المال الى المأذون بعنوان الوصية، ولكن الورثة يدعون أن العبد لم يشتر بالمال الذي عينه الميت لذلك وانما اشتراه بمال آخر من الميت لم يعينه لذلك، والا فاذا أقروا بالوصية وان العبد اشترى بالمال الذي عينه الميت ولم يكن زائداً على الثلث لم يكن لهم حق المخاصمة أصلا.

---

(١) راجع الوسائل ـ الطبع الحديث ـ ص ٥٢ الجزء ١٣ الباب ٢٥ من ابواب بيع الحيوان.

وإما ان الورثة ينكرون الوصية ويدعون أن الميت انما دفع المال الى المأذون بعنوان الوكالة وقد بطلت بموت الموكل ، والمفروض ان الشراء كان بعد موته وانتقال المال اليهم فيدعون أن العبد اشترى بمالهم . وهذا الاحتمال - اي انكار الوصية - يجري في الرواية ، اذ لم يصرح فيها بأن الميت اوصى بذلك ، كما ان ظاهر مخاصمتهم أيضاً ذلك .

ودعوى انهم كانوا يطالبون ولاء العتق - كما عن الميرزا - ينافيها حكم الإمام عليه السلام بأن العبد يعود ملكاً لهم إذا أقاموا البينة ، الظاهر فى فعليه العود الى الرقية (وكيف كان) بما أن الإحتمال الأول جار لايمكن الاعتماد على الرواية لا استدلالاً ولا تأييداً .

هذا مضافاً الى جريان اشكالين آخرين فيها :

(احدهما) : أن الامام عليه السلام كيف حكم برجوع العبد رقاً الى مالكه الأول - اعني بفساد البيع الذي هومقتضى الاستصحاب مع وجود أصل حاكم عليه وهو أصالة الصحة في العقد ، وقاعدة الاقرار أعني « من ملك شيئاً ملك الاقرار به » ، فان المأذون كان مالكا للعقد ، وهو يعترف بالشراء بمال الميت فكيف يقدم عليها الاستصحاب .

(والجواب عنه) أن أصالة الصحة غير جارية في المقام ، لا لما ذكره الميرزا من اختصاصها بما اذا لم يكن الشك في اركان العقد ، بل لأنها انما تجري فيما اذا كان تحقيق العقد مفروغا عنه وشك في صحته وفساده ، لافيما اذا كان الشك في أصل تحقق العقد خارجا كما في المقام ، فان الشراء لو كان بمال مالك العبد المعتق لم يكن هناك بيع حقيقة ولم تتحقق مبادلة بين المالين اصلاً ، إذ لامعنى للمبادلة بين مالي شخص واحد ، بل هنا صورة بيع ، فالأمر دائر بين وقوع العقد وعدم وقوعه ، فليس مورداً لأصالة الصحة .

قوله (قده) : ومما يؤيد المطلب أيضاً صحيحة الحلبي (١)

وأما قاعدة « من ملك شيئا ملك الاقرار به » فليست مورداً لعموم أو اطلاق ، وانما هي مستفادة من تسالم الأصحاب ، فلابد من الاقتصار فيها على المتيقن وهو ما اذا كان حين الاقرار مالكا ، وأما اذا لم يكن له السلطنة حين الاقرار فلا اعتبار باقراره وإن كان له السلطنة سابقا . ومن هنا إذا باع أحد داره وبعد ذلك اعترف بأنها كانت مغصوبة من عمرو مثلاً لم يسمع دعواه ، وهكذا لو ادعى انه كان نجسا . ففي المقام إذا كان إقرار المأذون قبل موت الدافع لكان مسموعا لسلطنته على الشراء له وأما بعد موته فلا يعتبر إقراره لزوال سلطنته بموته ، فالحكم بالفساد تمسكا بالاستصحاب لا بأس به .

فيبقى الاشكال الثاني ـ وهو كيف حكم الامام عليه السلام بصحة الحج مع ابتنائها على امور غير ثابتة ، وكيف يصح حج من حكم بكونه رقاً لمالكه الأول ، وكيف يستحق الأجرة مع انه ملك الورثة ظاهراً ؟ فلا يمكن الاستدلال بها من هذه الجهة وللإحتمال المتقدم .

(١) من الروايات التى استدل بها على صحة الفضولي ماورد في الإقالة بوضيعه فان الاقالة بما انها عبارة عن حل العقد السابق وليست معاملة جديدة لايمكن أن تكون بوضيعة او بزيادة ، وقد سئل فى صحيحة الحلبى منها فقال عليه السلام « لايصح له أن يأخذ بوضيعة » (١) ، وظاهره الفساد لتعلقه بالمعاملة لا الكراهة ، ثم قال : « فان جهل وأخذه فباعه بأكثر من ثمنه رد على صاحبه الأول مازاد » ، وظاهره بعد حكمه بفساد الاقالة صحة البيع الواقع على الثوب فضولة ، بل صحة الفرد الخفي منه وهو بيع الفضول لنفسه لا للمالك .

(وفيه) عدم امكان تطبيق الصحيحة على الفضولي لوجهين : « احدهما »

---

(١) نقله فى الوسائل ج ١٢ الباب ١٧ من كتاب التجارة ص ٣٩٢ .

أن البيع لو كان فضولياً لزم رد تمام الثمن الى المشتري واسترداد ما دفعه اليه أولا بالاقالة منه لاخصوص المقدار الزائد . « وثانيهما » لو كان البيع الواقع على الثوب فضولياً لتوقف نفوذه على إجازة المشتري ، ولم يتعرض الامام عليه السلام لها اصلا مع انه ليس البيع بالزائد مورداً لاجازة المشتري أصلا ، إذ لعل المبيع صار مورداً للترقى بحسب القيمة السوقية فيما بين زمان الاقالة وزمان البيع ، بحيث لايجيزه المشتري فعلا لو علم بفساد الإقالة وبقاء العين في ملكه ، بلى الصحيح انه اجنبي عن الفضولي ، بل موردها هو البيع المقرون برضا المالك ، وذلك لأن الرضا بالإقالة بوضيعه يستلزم الرضا بالمبادلة بأزيد من ذلك جزماً .

(وبعبارة اخرى) اقتران العقد بالرضا المقارن ـ وان ذكرنا انه لايخرجه عن الفضولية ولا يحصل بهالاستناد الى المالك ـ الاان الرضا في المقام برز ، وبروزه انما هو نفس الاقدام على الاقالة ، فانه بالدلالة الالتزامية يدل على الرضا بالمبادلة بأكثر من ذلك وان لم يعرفه المالك ، فيكون البيع باذن المالك لافضولياً .

(وأما فقه الحديث) فلا يمكن حمل الرد فيه على معـــاملة جديدة لمنافاته مع حكم الامام عليه السلام بعدم الصلاحية مع الوضيعة كما هو ظاهر . وأما قوله عليه السلام : « ردّ على صاحبه الأول مازاد » فربما يتوهم منه أن الضمير راجع الى المال فالمعنى يرده على مالكه الأول ، فتخيل منه صحة الاقالة فى الفرض أو كون المراد من الرد معاملة جديدة وحمل نفي الصلاح على الكراهة ليتحقق للمال مالكان : المالك الأول قبل الإقالة وهو المشتري ، والثاني بعدها وهو البائع .

(وفيه) أولاً ـ : انهمناف لقوله عليه السلام « فان جهل فأخذه » ـ الحديث فان الاقالة لو كانت صحيحة لميكن وجه لاختصاص الحكم بفرض الجهل . وثانياً :ـ لايستقيم ذلك ، ورجوع الضمير الى المال حتى على فرض صحة الاقالة ، فان المال حينئذ وان كان له مالكان الا ان احدهما هو الراد ، وليس للمال غيره سوى مالك

قوله (قده) : بموثقة عبد الله عن ابي عبد الله (ع) عن السمسار يشتري بالأجر (١)

واحد ، فلا يستقيم التعبير بأنه يرده الى المالك الأول ، مع ان المالك غير الراد ليس الاواحد ، فالصحيح رجوع الضمير الى البائع ، فان له صاحبان : أحدهما المشتري الأول وهو صاحبه الأول والآخر المشتري الثاني وهو صاحبه الثاني ، فحكم عليه السلام أن البائع يرد الزائد على صاحبه الأول دون الثاني .

(١) المحتملات فيها ثلاثة :

(الأول) أن يكون القيد ـ وهو قوله عليه السلام « يشتري بالأجر » (١) ـ توضيحياً لا بملاحظة القضية الشخصية ، فيكون بياناً لمعنى السمسار ، ويكون دفع الورق اليه بعنوان القرض وشراؤه يكون لنفسه لا للدافع . وعليه تكون الرواية اجنبية عن الفضولي ، ولكن الاحتمال في نفسه بعيد لظهور القيد في الاحتراز به ، فان السمسار معناه واضح لايحتاج الى بيان .

(الثاني) أن يكون ذلك توكيلاً له في الشراء ، ويكون القيد بملاحظة القضية الشخصية غاية الأمر يأمر الدافع بأن يجعل له الخيار في كل مايشتريه له ، فيأخذ ما احب ويرد مالا يحب . وعليه أيضاً تكون الرواية أجنبية عن الفضولي .

(الثالث) أن يكون الدفع اليه لمجرد تمكينه من الشراء فضولة من دون أن يكون توكيلاً أو قرضاً ، غاية الأمر يخبره عن اجازته لاحقاً بعد الشراء لما احب ورده لما كره . وعليه ينطبق على الفضولي . وبما ان الامام عليه السلام حكم بالصحة من دون استفصال يظهر منه صحة الفرض الأخير أيضاً .

هذا ، وفيه : (أولا) ان الاحتمال الثالث بعيد في نفسه كالاحتمال الأول ،

(١) نقل هذه الرواية فى الوسائل ج ١٢ الباب ٢٠ في احكام العقود ص ٣٩٤ طبع الحديث .

قوله (قده) : وربما يؤيد المطلب بالأخبار الدالة على نكاح العبد (١)

فان المتعارف في دفع الورق الى السمسار ليس ذلك ، بل الظاهر هو الاحتمال الثاني أعني التوكيل (وثانياً) مع التنزل عن ذلك لايمكن التمسك في المقام بترك الاستفصال لأنه لايتم في القضية الشخصيه ، اذلعل الامام علم بالحال من الخارج أو من نفس السؤال فأجاب عن حكمه .

(وبعبارة اخرى) انما يتمسك بترك الاستفصال فيما اذا كان المسؤول عنه مردداً ومنقسما الى أقسام عديدة بأن كان حكماً كلياً ، ولا يجري ذلك فيما اذا كان المسؤول عنه قضية شخصية .

(١) ذهب بعض المحققين الى ان التعليل الوارد فى تلك الأخبار من أقوى الأدلة على صحة عقد الفضولي بعد لحوق الاجازة لأنه يستفاد منه كبرى كلية ، وهي أن عدم نفوذ العقد إن كان من جهة كونه عصياناً له تعالى فلا يصح وضعاً بلحوق الاجازة ، وكلما لم يكن ذلك من جهة عصيان الله بل كان من جهة كونه عصياناً لمن يمكن تبدل عصيانه بالرضا جاز بالاجازة ، ومن الظاهر أن عقد الفضولي ليس عصياناً له تعالى وانما هو عصيان المالك وضعا ، فاذا أجاز جاز .

(وفيه) أن مورد التعليل انما هو نكاح العبد لنفسه الذي يكون استناده الى من يعتبر استناد العقد اليه متحققاً ، غاية الامر يكون فاقداً لرضا السيد المعتبر في نفوذه من الخارج ، فعموم العلة يقتضي التعدي الى مايكون من هـذا القبيل ، كالنكاح على بنت اخ الزوجة أو بنت اختها أو بيع العين المرهونة من دون اذن المرتهن . وأما اذا كان العقد الواقع فاقداً للاستناد - كما في الفضولي - فلا يقتضي عموم التعليل صحته باجازة اصلاً .

(وبعبارة اخرى) في مورد التعليل يكون العاقد مشمولا لعموم « أوفوا

قوله (قده) : واحتج للبطلان بالأدلة الأربعة ، أما الكتاب فقوله تعالى : « لاتأكلوا » (١)

بالعقود » ، غايته اعتبر رضا السيد في نفوذه ، فلا يتعدى عنه الا فيما كان من هذا القبيل فى الأمثلة المتقدمة دون ما اذا لم يكن العاقد مشمولا لعموم « أوفوا » كما في الفضولي ، فالإستدلال بعموم العلة على صحة الفضولي باطل . الا أنك قد عرفت أن العمومات تقتضي صحته في العقود والإيقاعات ولو لم يتحقق فى الإيقاعات اجماع على الفساد .

(١) استدل به على الفساد تارة من جهة مفهوم الحصر المستفاد من الاستثناء واخرى من حيث مفهوم الوصف والقيد ، فانه يدل على الانتفاء عند الانتفاء ، فلو فرضنا ان الاستثناء لم يكن مذكوراً في الآية وورد دليل هكذا « التجارة عن تراض سبب لحل المال » لدل ذكر الوصف على إنتفاء الحكم عند الوصف .

وقد اشكل المصنف على كل من التقريبين :

(أما على التقريب الأول) فبأن الاستثناء في الآية منقطع لعدم دخول المستثنى في المستثنى منه ، وهو بمنزلة جملتين مستقلتين فلا يدل على الحصر . مثلا : قولك « ماجاءني القوم الا حمارهم » بمنزلة أن تقول « ماجاء من القوم احد وجاءني حمارهم » ، فلا وجه للحصر .

(وأما على التقريب الثاني) فبوجهين : احدهما أن الوصف لامفهوم له ، وثانيهما أن قوله تعالى « عن تراض » ليس وصفاً وانما هو خبر ، فيكون تأنيث الفعل باعتبار الخبر الأول وهو التجارة .

ونقول : لايتم شيء مما أورده على التقريبين :

(أما ما افاده) من أن الوصف ليس له مفهوم لاحتمال وروده لعلة اخرى غير الانتفاء عند الانتفاء ، فهو انما يتم فيما اذا لم يكن الوصف وارداً في مقام

التحديد . مثلا : اذا قال « ماء الكر لاينجسه شيء » لايدل القيد فيه على المفهوم ، وأما اذا كان في مقام التحديد فالوصف يدل على المفهوم كما بين في محله .

(وأما ماذكره) من كون الوصف خبراً بعدخبر ، ففيه : (أولا) أن ظاهر السياق واتصال الكلام ان يكون قيداً للتجارة لاخبراً مستقلا كما هو الغالب ، وقد اعترف المصنف بغلبة توصيف النكرة (وثانياً) نسلم كونه خبراً ثانياً الا أن اعتبار نشوء التجارة عن تراض لم يكن مبنياً على التوصيف بل هو مستفاد من كلمة الجر ، وهي لفظ « عن » سواء كان مدخوله وصفاً أو خبراً بعد خبر - فتأمل .

فما اورده على التقريب الثاني فاسد بوجهيه ، وأما ماأورده على التقريب الأول (ففيه) أن الاستثناء المنقطع - اعني خروج المستثنى منه - غير معقول ، بداهة استهجان ان يقول احد « مارأيت احداً من العلماء الا بطيخاً » مثلا ، بل لابد من دخول المستثنى في المستثنى منه ولو ادعاء لكونه من توابعه ، فيصح ان يقال « ما جاءني احد من العلماء الا أولادهم » لكونهم منهم ادعاء (وعليه) فالاستثناء في الآية متصل وليس المستثنى منه فيها الأكل ولا الأموال ولا الباطل التي هي مذكورة فيها ، وانما هو محذوف قد جعل مقامه علته كما هو المتعارف كما في قوله تعالى : « وإن تكفروا فان الله غني عن العالمين » فان العلة اقيمت مقام معلولها المحذوف وهو « فلا تحزن » ، في المقام أيضاً يكون المستثنى منه مقداراً ، وهو بشيء من الأسباب ، فالمعنى لاتأكلوا أموالكم بشيء من الاسباب فانه باطل الا بالتجارة عن تراض ، فيكون الاستثناء متصلا مفرغاً .

(فالصحيح) ما اورده عليه آخر العبارة من ان الخطاب في الآيه متوجه الى الملاك ، فيكون المراد من التجارة واقع المبادلة لالإنشاؤها ، فالمعنى لاتملكوا أموالكم بشيء من الاسباب الابالمبادلة والتجارة المبرزة الناشئة عن تراض . ومن الظاهر أن الفضولي انما يصير مبادلة المالكين بعد الاجازة وان كان انشاؤها سابقاً ، فتكون

قوله (قده) : وأما السنة فهي أخبار ، منها النبوي المستفيض(١)

المبادلة ناشئة عن الرضا فى العقد الفضولي .

(١) وهو قوله صلى الله عليه وآله وسلم : « لاتبع ماليس عندك » (١)، فانه ليس المراد بلفظ « عندك » الحضور المكاني ، بداهة صحة بيع الانسان ما غاب عنه من أماله ، بل المراد بعدم تملكه للمبيع ، والنهي بما انه متعلق بعنوان المعاملة ـ وهو البيع ـ يكون ظاهراً فى الفساد ، فيستفاد منه فساد البيع الفضولي .

(وفيه) ان المراد بلفظ الموصول إنما هو العين الشخصية ولا يعم الكلي أولا لوجود الشاهد على ذلك في صدر الحديث ، وثانياً ان جواز بيع الكلي الغير المملوك حين البيع اتفاقي بين الخاصة كما انه منصوص أيضاً . (نعم) ذهب العامة الى المنع عن بيع الكلي حالا تمسكاً باطلاق النبوي ولكنهم أجازوه سلما ، ولذا نقض عليهم الامام بعد ما اعترف الراوي بأنهم يجوزون بيع الكلي سلما ، لانه سلم بعدم الفرق بين بيعه حالا ومؤجلا اذا كان مشمولا للنبوي ، فما ذكر في تقرير المحقق النائيني من انكار العامة لبيع الكلي رأساً من سهو القلم أو من سبق اللسان .

(وكيف كان) فالموصول كناية عن العين الشخصية (وعليه) فاما أن يراد بيع عين الغير عن نفسه ، بأن يكون هو طرف الالتزام البيعي ثم من باب المقدمة للتسليم يمضى فيشتريها من مالكها كما احتمله العلامة في التذكرة ويشهد له سؤال الراوى ، وعليه يكون أجنبياً عما نحن فيه بل يكون دليلا على المسألة الاتية ، وعدم جواز البيع فيها منصوص مضافاً الى انه غرري ، إذ قد لا يرضى ببيعه المالك ولا بهبته الى البايع ، فهو غير قادر على التسليم كما سيتضح انشاء الله تعالى .

وأما أن يراد مجرد إنشاء البيع على مال الغير فضولة ، وعليه يكون دليلا على بطلان الفضولي، الاأن الإحتمال الاول هو الظاهر بقرينة السؤال، ولا أقل من الاجمال .

---

(١) راجع الوسائل ج١٢ الباب ٧ من ابواب العقود ص٣٧٣ الطبع الحديث

(وعلى فرض التنزل) وظهور النبوي فى بيع الفضولي إما بالخصوص أو بالاطلاق وشموله لكل من بيع مال الغير عن نفسه وعن مالكه فالنهي الوضعي عنه انما هو باعتبار كونه بيع مال الغير ، فلا يعم ما اذا إستند البيع الى المالك بالاجازة فصار بيع المالك .

(وبهذا البيان) ظهر الحال في النبوي الآخر ، وهو قوله صلى الله عليه واله « لايجوز بيع ماليس يملك » بعد قوله : « لا طلاق الا فيما يملك ولا عتق الا فيما يملك » (١) فانه إن قرأ بصيغة المجهول يكون أجنبياً عن المقام ، لأن المعنى حينئذ فساد بيع غير المملوك كالسمك في البحر وعتق العبد قبل استرقاقه وطلاق الزوجة قبل التزويج بأن يطلقها أولا ثم يتزوج بها ليؤثر الطلاق بعد النكاح ، وأما ان قرىء بصيغة المعلوم فيجري فيه ما ذكرناه في النبوي المتقدم .

(وعلى فرض التنزل) عن جميع ذلك وتسليم شمول النبويين للبيع الفضولي حتى بعد الاجازة لامحالة يقع المعارضة بينهما بين الأدلة الخاصة الواردة في صحة البيع الفضولي التي عمدتها صحيحة محمد بن قيس ، فان العمومات ـ وان لم تكن قابلة للمعارضة مع النبويين لكونها اخص مطلقاً منها ـ الا أن الأدلة الخاصة قابلة للمعارضة معها فيخصصان بها لأنها وردت فى البيع عن المالك بعد الاجازة .

(ثم انه) قد يتخيل أن المعارضة بين الطائفتين بالتباين لتوهم اختصاص المنع في النبوي بالبيع عن المالك ، فانه المتعارف بخلاف البيع عن نفس البائع غير مبني على اجازة المالك فانه لامعنى له ، وعليه تكون النسبة هو

(١) قد ذكر مضمون هذا فى أحاديث كثيرة يذكر بعضها في الباب ٥ من ابواب مايحرم بالرضا من كتاب النكاح من الوسائل ص ٢٩٠ المطبوعة أخيراً ج ١٤ وبعضها في ج ١٥ الباب ١٢ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه ص ٢٨٦ وبعضها في الباب ٥ من كتاب العتق ج ٣ في المطبوع قديماً ص ١٩٩ ه

قوله (قده) : وما عن الحميري (١)

هو التباين (وفيه) انه مناف لما عليه سيرة الجهلاء الجارية في بيع الأموال المغصوبة والمنهوبة والمسروقة ، فان السراق يبيعون الاموال المسروقة عن انفسهم ، وهكذا غيرهم من الغاصبين ، ونهيه صلى الله عليه وآله وضعاً انما هو عن ذلك .

(وذكر) بعض المحققين من المحشين أن المعارضة تكون بالعموم من وجه ، وذلك لأعمية صحيحة محمد بن قيس عن النبوي من حيث شمولها لبيع مال الغير لنفسه أو لمالكه واخصيتها عنه من جهة اختصاصها بما بعد الإجازة ، والنبوي بالعكس .

ويرد عليه وجوه تنبه المستشكل لأحدها :

(الأول) ان مورد المعارضة حينئذ إنما هو بيع مال الغير لنفسه مع لحوق الإجازة ، وهو خارج عما نحن فيه فعلا ، لأنا ذكرنا في أول بحث الفضولي أن فيه مسائل ثلاث : (الأولى) بيع مال الغير للمالك مع عدم سبق النهي منه ، فكلامنا فيها لافي المسألتين الأخيرتين .

(الثاني) انه بناء على أن يختص النبوي ببيع الغير لنفسه ينتفي المعارضة رأساً لأن صحيحة محمد بن قيس مختصة بغير هذه الصورة . و إن شئت قلت : انه ينافي مبني الاستدلال بالنبوي رأساً ، فانه كان مبنياً على شمول النبوي للبيع عن المالك والا فهو أجنبي عما نحن فيه .

(الثالث) ماتنبه اليه المستشكل ، وهو أن المعارضة بالعموم من وجه يقتضى التساقط ثم الرجوع الى العمومات والإطلاقات كـ « أوفوا بالعقود » و « أحل الله البيع فتثبت الصحة لاالفساد .

(١) بقي في المقام روايات ثلاث (١) استدل بها على بطلان الفضولي :

---

(١) ذكرت هذه الأخبار في الباب الثالث من ابواب عقد البيع وشروطه من الجزء ١٢ من كتاب الوسائل ص ٢٤٨ المطبوع حديثاً .

أما صحيحة محمد بن القاسم في رجل اشترى من امرأة من آل فلان (وذكر السيد أن المراد بفلان آل عباس ولم يصرح بهم للتقية) بعض قطائعهم ، فكتب كتاباً قدقبضت المال ولم تقبضه (اي اعطى صكاً بقبض المال فيتمكن المشتري من منعها فيعطيها المال او يمنعها) . قال عليه السلام : « قل يمنعها اشد المنع » فهي اجنبية عن الصحة والفساد ، بل مفادها منع الفضولي عن الثمن ، وهو أمر واضح صح البيع الفضولي أم فسد . والعجب من المصنف كيف ذكرها في المقام ، بل يمكن استشعار صحة الفضولي منها حيث علل فيها المنع بأنها باعت مالم تملكه ، ولم يعلله بفساد البيع ، مع انه لو كان فاسداً كان الأولى التعليل به .

وأما صحيحة محمد بن مسلم الواردة في أرض بفم النيل اشتراها رجل وأهل الأرض يقولون هي ارضنا وأهل الاستاف يقولون هي من أرضنا ؟ فقال : « لاتشترها إلا برضاء اهلها » فمفادها اعتبار صدور الشراء عن رضا المالك في الشراء الحقيق كما بيناه في الآية الشريفة ، والشراء الحقيقي في الفضولي إنما يكون بعد الاجازة . وأما كيفية معرفة الامام عليه السلام أن الشراء لم يقع برضا المالك فمما لم نعرفه .

(وأما) رواية الحميري أن الضيعة لايجوز ابتياعها الا عن مالكها أو بأمره أو رضى منه ، فهي أيضاً كالآية الشريفة مفادها اعتبار الصدور عن الرضا في البيع الحقيقي دون الانشائي ، والشراء الحقيقي فى الفضولي إنما يكون بعد تحقق الاجازة ولايبعد دلالتها على صحة الفضولي لمقابلة الرضا الذي عرفت أن المرادبه الرضا المبرز لامجرد الرضا النفساني بأمر المالك ، فانه لو أريد به الرضا المقارن كان ذكره مستدركاً ، فلا بد وأن يراد به الرضا المتأخر - أعني الاجازة - .

(وبالجملة) فمفاد هذه الأخبار ليس الا عدم نفوذ البيع الصادر عن غير المالك بما انه صادر من غير المالك لابعد استناده الى المالك بقاء بالاجازة اللاحقة .

قوله (قده) : الثالث ـ الإجماع (١)

قوله (قده) : الرابع ـ مادل من العقل والنقل على عدم جواز التصرف في مال الغير الا باذنه (١)

---

(١) ادعاه الشيخ ولكنه بنفسه خالفه في كتاب النهاية الذي قيل انه آخر كتبه . (وفيه) أن المحصل منه غير ثابت ، وأما المنقول فعلى فرض حجية نقل الاجماع فانما هي من باب دخوله في حجية الخبر الواحد إنما يكون حجة فيما اذا لم نقطع بخطائه في المدرك ، كما في جملة من الاجماعات المنقولة للسيد « قده » فانا نقطع بعدم تحقق الاتفاق ، مع تصريح جمع من المحققين بصحة الفضولي ، ومنهم نفس الشيخ فى النهاية .

(٢) بيان الاستدلال : ان التصرف فيمال الغير بدون اذنه منهي عنه ، وبيع مال الغير تصرف فيه عرفاً ، فيكون منهياً عنه ، والنهي فيالمعاملات يوجب البطلان فيكون فاسداً . وأجاب الشيخ عنه بوجوه خمسة :

(الاول) إن العقد على مال الغير متوقعاً لاجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليها ليس تصرفا فيه ـ الخ . وهذا الجواب في غاية المتانة .

(الثاني) انه او فرض كونه تصرفا فمما استقل العقل بجوازه ،مثل الاستضاءة والاصطلاء بنار الغير ونوره . وفيه ان كون جواز هذا التصرف من المستقلات العقلية بحيث لانحتاج فيه الى دليل كحسن العدل وقبح الظلم مما لانفهمه ، فهذا الدعوى لامعنى له . نعم ادعاء القطع بجوازه له وجه مع انه أول الكلام ، وما نرى من عمل عامة الناس في بعض التصرفات ـ كدق باب دار الغير مثلا ـ فمن جهة قيام السيرة القطعية على ذلك أو قيام امارة نوعيـــة على رضا المالك لامن جهة استقلال العقل بجوازه ، ففي كل مورد قام الدليل على جوازه أو على رضا المالك به فهو ، والا فيكون داخلا فى عموم عدم جواز التصرف في مال الغير .

(الثالث) انه قديفرض الكلام فيما اذا علم الاذن في هذامن المقال أو الحال وهذا الجواب لاينافي استدلال المستدل على الفساد موجبة جزئية .

(الرابع) أن تحريمه لايدل على الفساد .

اقول : للمحقق النائيني « قده » في المقام كلام يذكر في الاصول بطوله ، وملخصه بحيث يناسب المقام : ان النهي في المعاملة تارة يتعلق بنفس السبب بما هو كالنهي عن البيع في وقت النداء أوفي اثناء الصلاة مثلا ، واخرى يتعلق بالمسبب كالنهي عن بيع الخمر مثلا (أماالاول) فلايدل علي الفساد لعدم الملازمة بين حرمة السبب وترتب المسبب عليه وصحته ، (وأما الثاني) فيدل على الفساد بالالتزام ، وذلك لان من شرائط صحة العقد الاختيار والقدرة ، والنهي عن الشيء يدل بالالتزام على سلب قدرة المكلف عنه شرعا ، وحيث يكون مسلوب القدرة عن إيقاعه وبوقعه يقع فاسداً ـ انتهي ملخصا .

ولا يخفى مافيه نقضا وحلا : (أما نقضا) فيما لو كانت المعاملة واجبة ـ كما لوشرط بيع داره في ضمن عقد لازم أو اضطر الى بيعه لنفقة عياله مثلا إذ سلب القدرة شرعا لايختص بالنواهي غايته ان النهي يسلب القدرة عن الفعل والامر يسلب القدرة عن الترك شرعا ، ولا يمكن الالتزام بفساد المعاملات الواجبة ، ولا يلتزم به وان عطفه على المعاملات المحرمة فى تقريرات الشيخ الخوانساري « قده » . (وأما حلاً) فما تكون المعاملات مشروطة بها هي القدرة الوضعي أي العقلي لا التكلبفي أي الشرعي ، وما يسلبه الأمر والنهي هو الثاني لا الأول . وبقية الكلام موكول الى محلـــه .

(فالأولى) فى تقريب اصل الجواب أن يقال أن النهي فى المعاملات تارة يتعلق بنفس المعاملة ـ كما في النهي عن بيع الغرر مثلاً ـ واخرى يتعلق بعنوان آخر متحد معها وجوداً ـ كما في المقام ـ فان كان من قبيل الأول يدل على الفساد لالما ذكره

قوله (قده) : وقد يستدل للمنع بوجوه أخر ضعيفة أقواها ان القدرة على التسليم (١)

الاستاذ النائيني « قده » من ملازمة النهي مع الفساد ، بل من جهة ظهور النهي حينئذ في الفساد فيكون إرشاديا ، نظير الأمر بأجزاء المركبات ، كما نقول « اقرأ الحمد » أو « اركع في الصلاة » فانه لايكون امراً مولوياً بل ارشاداً الى جزئيته فى الصلاة ، وكذلك النهي عن شيء فيها كما نقول « لاتكفر في الصلاة » فانه يكون ارشاداً الى المانعية ، وأما إن كان من قبيل الثاني فظاهر في التكليفى كما هو واضح فلا يدل على الفساد ، والمقام من هذا القبيلى ، فهذا الجواب أيضاً متين جداً .

(الخامس) انه لو دلّ لدلّ على بطلان البيع ، بمعنى عدم ترتب الأثر عليه وعدم استقلاله ـ الخ . وملخصه : ان البيع بعد الإجازة يكون بيع المالك ، ومن هذه الجهة يكون صحيحاً لامن جهة استناده الى البائع . وهذا الجواب ـ وان ارتضاه المحقق النائيني « قده » ـ ولكن فيه مالا يخفي ، فان هذا الاشكال بعد تسليم أن نفس انشاء البيع يكون تصرفاً منهياً عنه وأن النهي موجب للفساد ، وعليه فيكون ذات الانشاء فاسداً وملغاة في نظر الشارع وغير قابل لترتب اثر عليه ولو بعد الإجازة ، ولحوق الاجازة بالانشاء الفاسد لايجدي .

(١) جوابه واضح كما ذكره « قده » ، ولذا ترى صحة عقد الوكيل في انشاء العقد فقط وان لم يكن قادراً على التسليم ، فالمعتبر قدرة المالك على التسليم بل قدرة المشتري على التسلم وان لم يكن المالك قادراً على التسليم كالمال الواقع في البحر اذا كان المشتري قادراً على اخراجه ولم يكن البائع قادراً عليه ، وتعبير الفقهاء بالقدرة على التسليم من باب الغلبة . وبالجملة هذا الاستدلال لم نفهم له وجهاً .

(وأما الاستدلال الثاني) الذي ينسب الى السيد بحر العلوم ، وهو أن الفضولي غير قاصد حقيقة الى مدلول اللفظ كالمكره . فأجابوا عنه بأن قصد انشاء

قوله (قده) : المسألة الثانية أن يسبقه منع المالك (١)

المعنى باللفظ الذي يعتبر فى العقود موجود في الفضولي ، وقصد ترتب الأثر عليه شرعاً غير معتبر فيها بل لايمكن قصده لكونه خارجاً عن الاختيار ومترتباً على الانشاء . نعم يمكن أن يكون داعياً له .

(هذا) ولكن الذي يقتضيه النظر أن مراد السيد « قده » ليس ما استفادوا من كلامه ، لأن ما فهموه واضح الفساد كما أجابوا عنه ، بل مراده أن بين قصد انشاء المعنى باللفظ وقصد ترتب الاثر عليه واسطة ، وهي اعتبار التبادر في نظره ، واعتباره بحيث يرى في عالم اعتباره خروج المبيع عن ملك البائع ودخول الثمن في ملكه وفي جانب المشتري بالعكس ، وهذا الاعتبار والقصد يكون معتبراً في صدق العقد والا لزم صحة عقد الهازل اذا تعقبه الرضا ، لأن قصد انشاء المعنى باللفظ موجود فيه أيضاً ، وهو موجود حتى في الوكيل فى اجراء الصيغة فقط ، وهذا المعنى غير مقصود للفضولي .

وأصل هذا الدعوى - وان كان صحيحاً جداً - ولكن كون الفضولي غير قاصد لهذا المعنى ممنوع ، بل هو أيضاً يعتبر التبادل في نظره لكن معلقاً على اجازة المالك ، والتعليق على اجازة المالك لايوجب الفساد في العقد لكونها مما يتوقف صحته عليها ، وتقدم أن التعليق على مايكون العقد معلقا عليه واقعاً لايضر .

بيع الفضولي المسبوق بمنع المالك

(١) ذكروا للمنع عن صحة الفضولي مع سبق نهي المالك وجهين : احدهما من جهة عدم المقتضي فيه للصحة ، بمعنى عدم شمول الأدلة المجوزة عموماً وخصوصاً له . ثانيهما من جهة وجود المانع فيه عن الصحة ، وهو النهي الدال على الكراهة

الموجودة حال العقد أو بعده ولو آناً ماقبل الاجازة ، بناء على انه لايعتبر في الرد سوى الكراهة الباطنية في العقد فيقع الكلام في كل من الجهتين :

(أما الجهة الأولى) فنقول : لاريب في شمول العموم والاطلاقات لها ، لأنه لامانع من شمولها له الا عدم استناده الى المالك وبالاجازة يستند اليه . وأما الأدلة الخاصة التي استدل بها الشيخ « قده » فى المقام فرواية عروة البارقي اجنبي عنه ، لأنه لم يكن مع نهيه صلى الله عليه وآله وسلم ، وصحيحة محمد بن قيس فلا يمكن الاستدلال بها للمقام من جهة ترك استفصال الامام عليه السلام ، لأن مورد السؤال هو صورة عدم اذن المالك لا نهيه ، ولذا قال السائل : « وليدتي باعها ابني بغير اذني » ، وعدم الاذن ـ وان كان لاينافي المنع ـ ولكن ظهوره فيه لاينكر . وأما رواية باب المضاربة فان موردها وان كان مسبوقاً بنهي المالك لكن عرفت انها أجنبية عن بيع الفضولي . وأما الروايات الواردة في بيع مال اليتيم فلا ربط لها بالمقام لعدم سبق المنع عن المالك أو الولي هناك .

(نعم) لامانع من التمسك بما دل على جواز نكاح العبد بدون اذن سيده ، بأنه لم يعص الله وإنما عصى سيده فاذا اجاز جاز ، فان عصيان السيد يصدق مع نهيه وان كان الواقع في مورد الرواية هو التصرف بدون اذنه ، ولكن عموم العلة كاف لنا ، لأن شأن العلم التوسعة والتضييق . وكيف كان فالعمومات وهذه الرواية تكفى للصحة .

(وأما الجهة الثانية) فأصل مسألة ان الرد مانع عن لحوق الاجازة محل منع ، لأنه لا دليل عليه سوى استحسانات لفقّها الشيخ « قده » والاجماع المنقول ، وسيجيء الكلام فيه انشاء الله تعالى .

(هذا) مع ان الاجماع لو سلمنا حجيته فالمتيقن من مورده صورة انشاء الرد لامجرد الكراهة الباطنية كما فى المقام ، وما ذكره الشيخ «قده» تأييداً لكفاية الكراهة

قوله (قده) : المسألة الثالثة ـ أن يبيع الفضولي لنفسه (١)

الباطنية فى صدق الرد من حكم بعضهم بأنه اذا حلف الموكل على نفى الاذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد حمله المحقق النائيني « قده » على المعاملة الخيارية في فى زمان الخيار ، فانه بانكار الوكالة ينفسخ العقد ، لأنه لايعتبر في أعمال الخيار زائداً على اظهار الكراهة لفظ مخصوص ، ولكن هذا الحمل على الظاهر غير وجيه فنقول :

إن انكار الوكالة يتصور على قسمين : لأن الموكل تارة يكون في مقام رد اصل الشراء ، وعلى هذا يكون الترافع والحلف أقوى مظهر للكراهة ويكون انشاءاً للرد وبه ينفسخ العقد ، لكنه خارج عن محل الكلام ، لأنه انشاء الرد لا مجرد الكراهة ، وأما ان لم يكن المدعي وكالته فى مقام رد أصل الشراء بل يريد دفع تنجز الشراء عليه فعلا حتى يتفكر في أن مصلحته الرد أوالاجازة فلا نحكم بانفساخ العقد حينئذ بل يبقى معلقاً على اجازته ، والمتيقن من مورد كلامهم هو الأول (فتحصل) أن المعاملة الفضولية مع سبق النهي من المالك صحيحة من جهة وجود المقتضى وعدم المانع .

بيع الفضولي لنفسه

(١) اقوى مايتوهم مانعيته عن صحة بيع الفضولي لنفسه امران كلاهما مبتنيان على أن يكون عنوان البيع متقوماً بدخول الثمن فى كيس من خرج عن كيسه المثمن والمعوض (وبعبارة أخرى) يكون حقيقته تبديل طرفي الاضافة في الملكية : احدهما عدم انشاء المنشي حقيقة البيع . ثانيهما عدم لحوق الإجازة بما انشأ لو اجاز المالك البيع لنفسه لا للمنشيء (وبعبارة أخرى) لو اجاز البيع لنفسه لايصح ، لأنه اجازة لما لم ينشأ

ولو اجازه المنشيء لم يصح أيضاً لأنه اجاز ماليس قابلا للاجازة لعدم وقوعه .

(هذا) وتحقيق المقام أن نقول : ان بيع غير المالك ـ سواء كان غاصباً او غير غاصب ـ لنفسه يتصور على أقسام أربعة :

(القسم الأول) : أن يبيع لنفسه ، بمعنى انه يكون غايته وداعيه من البيع للمالك التصرف في الثمن كما كان يتصرف في المثمن في بيع الغاصب مثلا ، ويتفق بالنسبة الى غير الغاصب أيضاً ، كأن يحتاج الشخص فى الغربة الى الثمن فيبيع دار صديقه عالماً بأنه يجيزه ليتصرف فى ثمنه ، فهذا القسم مما لااشكال فيه ، لأن المنشيء قصد حقيقة البيع ويلحقه الاجازة بلا شبهة .

(ويقابله القسم الثاني) : وهو أن يبيع لنفسه ويقصد دخول الثمن في كيسه حقيقة من دون بناء على مالكيته للمثمن ، كما يتحقق ذلك فى بيع الغاصبين كالسارق مثلاً . وهذا القسم على مبنى العلامة « قده » ومن تبعه يكون باطلاً غير قابل للاجازة لا للمالك ولا للمنشيء ، وأما بناء على ماحققناه وبنينا عليه فى بيان حقيقة البيع من أنه ليس الا اعطاء لا مجان ولا يعتبر فيه دخول العوض في كيس من خرج عن كيسه المعوض وبالعكس لما يرد على العلامة ومن تبعه من النقض ببيع الكلي وبيع الأوقاف والزكوات وأمثال ذلك فلا اشكال في صحته ، وانه يقع للمالك اذا أجاز ، ومجرد اقتران الانشاء بقصد لغو لايمنع عن الصحة .

(القسم الثالث) ان يكون البيع لنفسه بالبناء على انه مالك ادعاء وعدواناً ، وفي هذا القسم أفاد الشيخ «قده» بأن هذه الحيثية ـ اي حيثية المالكية ـ تكون دخيلة في تملك الثمن ، فالبائع يقصد دخول المعوض فى كيسه بما انه مالك ادعائي ومايعرض للشيء من حيثية تقييدية يكون ثابتاً لنفس تلك الحيثية ، فالمسند اليه الملك حقيقة هو المالك ، الا أن الفضولي لما بنى على انه المالك للثمن اسند ملك المثمن الى نفسه ، وعلى هذا فالمنشأ هو التملك المسند الى المالك ، فيصح أن يلحقه الاجازة ويقع

للمالك ـ انتهى .

وفيه : أن كون هذه الحيثية حيثية تقييدية أول للكلام ، بل يكون من قبيل الدواعي وحيثيات تعليلية كما هو للظاهر ، فان البائع لايبيع المال بمانه مالك (هذا) مع ان الشيخ « قده » اراد بما افاد دفع الاشكال عن مطلق البيع الفضولي لنفسه ، ولا يتم ما اراد ، لأن ما افاده يختص بما اذا كان البائع بانيا على الملكية وقصد الحيثية التقييدية ، لأنه لابد وأن يقصد حتى يقع للمالك الواقعي ، فان مجرد البناء والاعتقاد بالملكية مع عدم قصد الحيثية لايوجب وقوعه لحيثيته .

(نعم) يمكن تصحيحه على مبني العلامة ومن تبعه ببيان آخر ، وهو أنه ـ ولو لم تكن الحيثية تقييدية بل كان من الدواعي كما هو الصحيح ـ ولكن حيث يبيع لنفسه بانيا على الملكية فانشاؤه بالمطابقة يدل على تملكه للمعوض اذا كان بمثل تملكت وامثال ذلك ، وبالدلالة الالتزامية يدل على المبادلة بالمعنى المذكور ـ أي دخول العوض في كيس من خرج عنه المعوض ـ فيصح للمالك اجازة هذا المدلول الالتزامي فتقع المبادلة له .

(القسم الرابع) أن يكون البيع لنفسه مع قصده انشاء التملك بنفس قوله « بعت » بمعنى انه بانشاء البيع ينشأ امرين مترتبين : احدهما انشاء الملك فضولة ، وثانيهما انشاء البيع لنفسه (وبعبارة اخرى) ينشأ التمليك وينشأ البيع لنفسه مترتبا عليه معلقا على اجازة المالك ذلك التمليك ، نظير انشاء بيع شيء لو كان ملكه وان يقول : إن كان هذا الشيء لي فبعته إياك بكذا ، والتعليق على هذا الأمر ـ يعني اجازة المالك ذلك التمليك ـ لايضر بصحة البيع ، لتوقف صحته عليه واقعا كما عرفت سابقا .

(وفي هذا القسم) لو أجاز المالك التمليك يقع البيع للمنشيء لا للمالك ، كما لو أذن له المالك بالبيع لنفسه ، فانه أيضا انشاء ضمني للتمليك فيقع البيع له

قوله (قده): ثم ان مما ذكرنا - الى أن يقول - يظهر اندفاع اشكال آخر في صحة البيع لنفسه مختص بصورة علم المشتري (١)

وفى ملكه . وما أورده الشيخ « قده » على هـذا القسم بقوله : « لأن الأذن فى التمليك لايؤثر التمليك فكيف اجازته » غير وارد على ما ذكرنا ، لأن الظاهر أن اراده - وهو عدم تأثير الاذن والاجازة فى التمليك - مبتن على كون التملك بمعنى البناء على الملكية فقط من دون انشاء للملك ، فانه حينئذ غير قابل للاجازة ، لأن الاجازة إنما يلحق المنشأ لامابني عليه الغاصب (وأما بناء) على ماذكرنا من انه بنفس قوله « بعت » ينشيء الملك ضمنا فلحوق الاجازة به لابأس به ، وكذلك لو اذن البائع بتملكه وانشاء التملك ضمنا بصح بلااشكال ، وكأن الشيخ «قده» غفل من أن نفس البيع للنفس انشاء للملك ضمنا وتخيل انه مجرد البناء على الملكية ، ولذا أورد عليه بأن الاذن لايؤثر التملك - اي مجرداً من دون تحقق انشاء للتملك - فكيف بالاجازة - أي المجردة - فتأمل .

(١) ملخص الاشكال : ان الأصحاب حكموا فيما اذا كان الأصيل في البيع عالما بكون طرفه غاصبا وانه يبيع لنفسه ومع ذلك باعه وسلطه ليس لهالرجوع الى الغاصب لوردّ المالك البيع ، ولازم هذا الحكم أن الغاصب بمجرد تسليط الأصيل إياه يكون مالكا لما سلطه عليه ، فلا يبقي مورد للحوق الاجازة ، لأنه بتسليطه خرج المال عن ملكه فلو أجازة وصح يكون بيعا بلا ثمن ، وهذا ينافي حقيقة البيع فلابد وأن يكون باطلا .

هذا تقريب اصل الاشكال ، وأفاد الشيخ « قده » في دفعه اموراً ثلاثة :

(اولها) أن هذا الاشكال يتوجه على من يلتزم بهذا الحكم ، وهذا أول الكلام بل مقطوع العدم لعدم الدليل عليه (ثانيها) انه بناء على تسليم هذا الحكم انما يصح اذا كان التسليط مطلق لامراعى على اجازة المالك (ثالثها) ان الاشكال انما يتوجه

قوله (قده) : بقي هنا امران : الأول انه لافرق على القول بصحة بيع الفضولي بين كون مال الغير عيناً او في ذمة الغير (١)

على النقل ، لأنه حينئذ يكون المال منتقلا الى الغاصب قبل انتقاله الى المالك المجيز وأما على الكشف فالاجازة تكشف من أن التسليط كان لغواً وتسليطاً لمال الغير .

(اقول) ما افاده اولاً وثانياً فى غاية المتانة ولكن هذا الوجه الأخير لانفهمه ، لأن الكشف الذي يمكن أن نلتزم به انما هو الكشف الحكمي أو اشتراط الاجازة بنحو الشرط المتأخر ، أو اشتراط وصف التعقب وأمثال ذلك ، وعلى هذا فقبل حصول الاجازة لاينتقل المال الى المجيز ، فيكون تسليط المالك تسليطاً فى ملكه (نعم) على الكشف الحقيقي وعدم تأثير الاجازة فى حصول الملكية اصلاً وبأي وجه يتم ماذكره ، ولكن لايمكن الالتزام به . ولا يخفى ان هذا الاشكال انما يصح بناء على أن يكون البيع جائزاً من طرف الأصيل .

بيع الفضولي فى الذمة

(١) وأيضاً لافرق بين أن يكون الكلي ديناً في ذمة الغير أو لم يكن كذلك ، كأن يشترى لزيد بعشر قرانات يكون له على ذمة عمرو وتعيين الذمة تارة يكون باللفظ وذلك واضح ، واخرى بالقصد - اي بقصد الفضولي - وبعد تعيينه الذمة يقع العقد له بحسب طبعه مالم يقيد ، فان كان التعيين بالقصد وأجاز صاحب الذمة فلا كلام ، وان رد وادعى طرف الأصيل كذب الفضولي وحلف نفي علمه بالفضولية هل يقع البيع للفضولي واقعاً أو ظاهراً أو يبطل اصلا ؟ وجوه سيأتي التعرض لها .

ثم لو أضاف الكلي الى ذمة شخص واشترى به لنفسه أو باعه لنفسه أو

اضاف الكلي الى ذمته واشترى به لغيره ، ففى الصورة الثانية احتمل الشيخ البطلان واحتمل إلقاء احد القيدين وتصحيح المعاملة لنفسه أو لغيره ، وفي الصورة الأولى احتمل وقوع البيع أو الشراء للغير ، وصاحب الذمة اذا أجازه بعد تصحيحه بالبناء على المالكية وجعل الحيثية تقييدية كما مر الكلام فيه ، واحتمل الصحة ووقوعه لنفسه بالغاء قيد ذمة الغير لان تقييده بكونه لنفسه يوجب إلقـاء ما ينافيه من اضافة الذمة الى الغير . ثم قال : والمسألة تحتاج الى تأمل .

(أقول) إلغاء ذمة الغير لكونه منافياً لتقييده بكونه لنفسه مالا نتعقله ، وذلك لأن العاقد انما قصد البيع لنفسه بكيفية خاصة ، وهو أن يكون ثمنه في ذمة زيد ولم يقصد البيع الذي يكون ثمنه في ذمته ، فيكون هذا من أظهر أفراد وقوع مالم يقصد (وكيف كان) التحقيق أن الأقسام الأربعة بعينها تجري في المقام من دون تفاوت ، سوى الوجه الأخير منها ، وهو أن يكون انشاء البيع لنفسه انشاء للتملك اولا وانشاء للبيع مترتباً على ذلك ، فان تملك ذمة الغير لايمكن بالاذن السابق فكيف بالاجازة اللاحقة . وأما باقي الأقسام فتجرى : أما القسم الأول فواضح ، وكذلك القسم الثاني ، وأما القسم الثالث فكمن يبني على تملك الكلي على ذمة الغير اعتقاداً أو عدواناً كالمقـامر ونحوه ثم يوقع البيع على ذلك الكلي بعنوان انه مالك فيجري فيه ماذكره الشيخ «قده» من كون الحيثية تقييدية ، وما ذكرناه من الدلالة الالتزامية على المبادلة كما مر ، فعلى مبنانا يصح البيع ويقع للمالك لو كان من القسم الثالث ، اما لما ذكره الشيخ أو لما ذكرناه ، ولا وجه لإلغاء قيد ذمة الغير ووقوعه للعاقد .

(وأما الصورة الثانية) وهو مالو اشترى للغير بمال فى ذمته فعلى مبنانا يقع للغير ولكن يحتاج الى إجازته ، لأن تملك الغير من دون اذنه وإجازته مخالف لتسلط الناس على انفسهم ، وأما على مبنى غيرنا فيقع باطلا ، فلا وجه أيضاً لمـا احتمله

قوله (قده) : الا أن الطرف الآخر لو لم يصدقه على هذا العقد وحلف على نفى العلم حكم له على الفضولي (١)

الشيخ « قده » من إلغاء احد القيدين وتصحيح المعاملة لنفسه أو للغير .

(١) فيما لو ادعى احد المتبايعين انه قصد إضافة الكلي الى غير من قصده الآخر ، فاما ان يكون مصدّقاً ويصدقه الطرف الآخر فيكون البيع باطلا لأن كلا منهما قصد غير ماقصده الأخر ، الأول يصدقه الآخر ويرجع امرهم الى الترافع فتارة كل منهما يكذب الآخر ـ مثلا : البائع يدعى أن المشتري قصد الشراء لنفسه بذمته وهو أيضاً قصد البيع له بمال في ذمته والمشتري يدعي انه اشتراه للغير فضولا وقصد اضافة الذمة اليه والبائع أيضاً قصد هذا الذي قصده ـ فهذا الفرض يكون من باب التداعي ويدخل فى ذلك الباب ، واخرى أن المدعي للفضولية سواء كان بائعاً او مشترياً لاينكر أن طرفه قصد نفسه وأضاف الكلي اليه ـ كما هو ظاهر كل عقد في حدنفسه - ولا يدعي انه قصد الغير الذي هو قصده حسب ادعائه ، ولكن يدعى انه هو لم يقصد ماهو ظاهر العقد ، وما قصده البائع من اضافة الكلي الى نفسه وإيقاع العقد له بنفسه ، بل قصد اضافة الكلي الى غيره على خلاف ما قصده طرفه ولكن الطرف ينكر ما ادعاه من الفضولية (ففي هذا الفرض) المدعي هو الطرف الذي يدعى الفضولية ، لمخالفة قوله لظاهر العقد وأصالة الصحة ، لأنه على ادعائه يكون العقد باطلا وعلى قول طرفه يكون العقد صحيحاً ، فالقاعدة تقتضي فى هذا الفرض لزوم إقامة البينه على المدعي للفضولية ، وحيث ان القصد امر قلبي لايمكن اقامة البينة عليه تصل النوبة الى حلف المنكر ، فلا بد وان يحلف المنكر على عدم قصد طرفه للفضولية لاعلى عدم العلم كما افاده الشيخ ، لأن عدم علمه لاينافي قصده وحيث لايتمكن المنكر من الحلف على عدم قصده للفضولية لكونه امراً قلبيا فلا محالة يرجع الحلف الى المدعي ، فيحلف ويحكم ببطلان العقد .

قوله (قده) : وان كان في الذمة لغيره واطلق اللفظ (١)

(هذا) ماتقتضيه القاعدة في هذا الفرع ، فما افاده الشيخ « قده » من انه لو لم يصدقه وحلف على نفي العلم حكمه على الفضولي بظاهره لاينطبق على القواعد .

(١) يمكن حمل كلام العلامة بحيث ينطبق على القواعد على ما اذا كان المشتري مثلا يشتري شيئا بمن من الحنطة ويلتزم هو بأدائه إما من مال زيد فيكون الشراء له ، وإما من ماله فيكون الشراء لنفسه ، ولكن الملتزم للأداء هو لازيد ، وينحل هذا الشراء الى شرائين طولا ، فيشترى للغير فان اجاز يقع له والا فيشتري لنفسه .

(ولا يقال) إن هذا التعليق موجب لبطلان العقد لوجهين : (الأول) أن المعلق عليه مما يتوقف عليه صحة العقد واقعاً (الثاني) أن الدليل على مانعية التعليق في البيع هو الاجماع ، والمتيقن منه غير مورد التعليق بهذا النحو - أي انشاء بيعين مترتباً وطولا - وكيف كان لا دليل على بطلان هذا العقد ، ولا مانع من شمول الأدلة له ، وعلى هذا لو أجاز ذلك الشخص يقع له والا يقع للعاقد .

وكلام السيد « قده » في الحاشية إن كان ناظراً الى ما قلنا فمتين ، وان كان مراده أن العاقد من جهة انه لم يعين اضافة الكلي الى نفسه والى غيره وقصد وقوع العقد للغير يقع له لو ردّه الغير فمما لانعقله . (ولا يخفى) ما في كلامه « قده » من الاقلاق ، وتصدى المحقق النائيني « قده » لتطبيقه على القاعدة بوجهين :

(احدهما) ان يكون مراد العاقد وقوع المعاملة لنفسه مع كون المال فى ذمته ويكون قصده للغير من باب جعل تولية العقد للغير ، وحينئذ فان أجاز الغير التولية يكون العقد له والا يكون للعاقد . وفيه أن هذا خلاف الفرض ، لأن المفروض انه لو أجاز ينتقل المال من مالكه اليه لا انه لو أجاز ينتقل المال من ملك العاقد اليه وعلى التولية ينتقل المال من ملكه الى العاقد ومنه الى المجيز .

قوله (قده) : الظاهر انه لافرق فيما ذكرنا من اقسام بيع الفضولي بين البيع العقدي والمعاطاة (١)

(وثانيها) أن يكون مراده وقوع البيع للغير وقصد اضافة الكلي الى ذمة الغير ، غايته انه ضمن ذمة الغير بناء على أن لايكون الضمان موجباً لانتقال المال الى ذمة الضامن - كما عليه العامة - فيكون كل منهما ضامناً بنحو الطولية . ثم صحح ضمان مالا يجب بما افاده « قده » ، وفيه : (أولا) انه على هذا يلزم على الضامن اداء المال لو أجاز العقد من وقع له البيع ولم يؤد المال ، وأما لولم يجز العقد فلا معنى لكون الضامن ملزماً ولا لوقوع البيع له (وثانياً) انه لو أجاز ولم يؤد المال لابد وأن يلتزم بأن الضامن ملزم بأدائه .

جريان المعاطاة في الفضولي

(١) ملخص الكلام : انه هل يجري الفضولي في بيع المعاطاة مطلقا أو لايجري مطلقا أو يفصل ؟ التحقيق هو التفصيل ان كان قصد المتعاطيين مجرد الاباحة للتصرفات لا الملكية ، فلا يجري فيها الفضولي ، وذلك لأن الاباحة المالكية يكون تمام المؤثر لها نفس رضا المالك من دون حاجة الى الانشاء . وعليه فلا يترتب إعطاء الفضول بقصد الإباحة شيء أصلا ولا يدخل تحت عنوان من العناوين بل تترتب الاباحة على رضا المالك بعدحصوله ، سواء كان مسبوقاً باعطاء الفضول ام لم يكن .

(نعم) لو قلنا بلزوم الاباحة الحاصلة من المعاطاة - ولو قصد الاباحة لا الملكية - يمكن أن يكون للإعطاء دخل في اللزوم ، لكنه غير مربوط بأصل الاباحة ، وان قصدا به الملكية وقلنا بترتبه عليه - كما تقدم تفصيله - فالظاهر جريان الفضولية فيه لأنه انشاء فعلي .

وغاية ما يمكن أن يرد عليه وجهان :

(الأول) : ما ذكره الشيخ « قده » ، وهو كون الاعطاء منهياً عنه .

وجوابه واضح ، وهو انه يمكن فرضه فيما لم يكن منهياً عنه أولاً - كما فيما اعتقد الفضول انه ملكه أو انه مأذون في التصرف فبان خلافه مثلاً ، أو كان المالك راضياً بذلك ، بناء على عدم خروجه بذلك عن الفضولية - . وثانياً ان النهي في المقام غير دال على الفساد لتعلقه بعنوان يتحد مع الاعطاء ، وقد تقدم أن النهي المتعلق بالمعاملة والمسبب بوإسطة عنوان آخر لايدل على الفساد فكيف بما اذا تعلق بنفس السبب ، كما في المقام .

(الثاني) : ما افاده المحقق النائيني « قده » ، وملخصه : ان الاجازة إنما تتعلق بما يكون قابلاً للبقاء ، كما في البيع الغير المعاطاة ، فانه بالعقد الذي هو بيع بالمعنى المصدري يتحقق امر قابل للبقاء والاستمرار - أي تبديل طرفي الاضافة - ويعبر عنه باسم المصدر ، ويلحق الاجازة ذلك الأمر الباقي اعتباراً ، وأما الاعطاء الخارجي فليس الا تبديل مكاني ، ولا ينفك اسم المصدر فيه عن المصدر ، بمعنى ان اسم مصدر الاعطاء ليس الا العطاء الخارجي ، وهذا غير قابل الانفكاك عن الاعطاء ، ولهذا لايكون مصداقاً للبيع ، فلا يبقى مورد للإجازة ولايعمه أدلة البيع - انتهى .

(وفيه) مامر في المعاطاة من انه مصداق للبيع حقيقة ، ولا فرق بين الانشاء أن يكون بالفعل او بالقول ، كما ان الأخبار يمكن أن يكون بالقول تارة وبالفعل اخرى . وأما على القول بأنه مفيد للاباحة الشرعية مع قصدهما الملكية فأفاد الشيخ « قده » امكان القول بالبطلان لوجهين : (احدهما) : انه على خلاف القاعدة فيقتصر على المتيقن وهو صورة تعاطي المالكين (ثانيهما) : أن حصول الاباحة قبل الاجازة غير ممكن .

(أما الوجه الأول) فكما افاده « قده » الاباحة على خلاف القاعدة ، ولكن قد تقدم في المعاطاة عند نقل استبعاد بعض الأساطين بقوله : إن القول بالاباحة المجردة مع فرض قصد المتعاطين التمليك مستلزم لتأسيس قواعد جديدة ـ الخ . ان العقود تكون تابعة للقصود ، والتصرف لايكون من المملكات ، بل المعاطاة بنفسه يفيد الملكية ، غايته يكون مشروطاً بالتصرف المتوقف على الملكية ، كما في اشتراط بيع الصرف بالقبض وتوقفه عليه .

(وبعبارة اخرى) المعاطاة مقتضاه الملكية من حينه ، ولكن بالاجماع نرفع اليد عما اقتضاه ونخصصه الى ماقبل التصرف . نعم فى هذه المدة ثبتت الاباحة الشرعية على خلاف القاعدة ـ فراجع ماذكرناه هناك ـ . (وعليه) فافادته للملكية حين التصرف المتوقف على الملك يكون على وفق القاعدة ، فلا مانع من جريان الفضولي فيه من هذه الجهة لامن جهة الاباحة الشرعية الثابتة الى زمان حصول الملك على خلاف القاعدة .

(وأما الوجه الثاني) فان كان مراده عدم قيام الدليل على حصوله قبل الاجازة فمتين ، وان كان مراده عدم الامكان ـ كما هو ظاهر عبارته ـ فلا نفهم وجهه .

(وبالجملة) شمول المطلقات للمعاطاة اذا وقع فضولياً مما لاريب فيه ، وأما الأدلة الخاصة الواردة في الفضولي فلا يمكن الاستدلال بها للمقام اصلا : أما رواية عروة فهي فى قضية خاصة يحتمل أن يكون بيعه بغير نحو المعاطاة ، بل هو الظاهر بمقتضى لزوم حمل فعل المؤمن على الصحة ، بناء على عدم صحة المعاطاة ، ولا يكون في الرواية مايظهر منه وقوعه بنحو المعاطاة (والعجب) منه قدس سره كيف ذكرها مؤيدة .

(وأما رواية) محمد بن قيس وترك استفصال الامام عليه السلام فلا تدل

قوله (قده) : القول في الاجازة والرد (١)

على صحة المعاطاة ، ولذا لم يسأل الامام من أن هذا البيع وقع غررياً ام لا ، ولا من انه وقع بلفظ الماضي ام بغيره الى غير ذلك (والسر) في ذلك أن جهة السؤال لابد وأن يجاب عنه ويفرض المسؤول عنه صحيحاً من غير جهة السؤال بمقتضى الحمل على الصحة .

هذا تمام الكلام في جريان المعاطاة في الفضولي .

الكلام في الاجازة

(١) بعد ما ثبتت صحة عقد الفضولي وكون الاجازة اللاحقة كالاذن المقارن للعقد، يقع الكلام في كونها ناقلة أو كاشفة ، بمعنى أن العقد السابق الفضولي هل يكون كالعقد الصادر حين الاجازة ، فتكون النتيجة هو النقل ، أو أن الاجازة اللاحقة تكون كالاذن المتحقق حين العقد، فتكون النتيجة هي الكشف؟ المشهور على مانسبه اليهم المهرة من اهل الخبرة هو الكشف .

(فنقول) قد يقال كما قيل على الكشف المتأخر : بأن الاجازة المتأخرة ليست الا امارة معرفة عن صحة العقد من حين تحققه ، من دون أن يكون لها أي تأثير في صحة العقد السابق ، وعليه فالقول بالكشف الحقيقي ـ وان كان ممكناً ـ الا انه مخالف لظاهر الأدلة ، كقوله تعالى « الا أن تكون تجارة عن تراض » فان ظهوره في اعتبار صدور العقد عن الرضا وشرطية الرضا في صحة العقد مما لاينكر ، وهذا ينافي القول بكون الرضا امارة محضة .

(وربما يقال) بأن الاجازة المتأخرة بنفسها تكون مؤثرة في صحة العقد السابق وانها شرط لصحة العقد كما هو ظاهر الأدلة ، الا أن الشروط الشرعية ليست

كالشروط العقلية بحيث يستحيل فيها تأثير اللاحق في السابق ، فيمكن أن يكون الأمر المتأخر أو السابق شرطاً مؤثراً في الأمر السابق أو المتأخر ، كما وقع ذلك في موردين :

(احدهما) : غسل المستحاضة ، فان الواجب عليها اغسال ثلاثة ، وقيل بشرطية غسلها للعشاء في صحة صومها في النهار . وهذا القول - وان كان شاذاً - الا ان اعتبار غسلها وقت الفجر في صحة الصوم غير قابل للانكار ، والأقوى أن تغتسل بعد دخول الفجر لاقبله كما افتى به السيد فى العروة . وعلى أي تقدير يكون غسل المستحاضة إما قبل دخول الفجر أو بعده دخيلا في صحة الصوم .

(ثانيهما) اجزاء العبادات التدريجية كالصلاة ، فان الجزء اللاحق كالتسليمة دخيل في صحة الجزء السابق كتكبيرة الإحرام ، فانها انما تكون مصداقاً للمأمور به ومسقطاً للأمر فيما اذا لحقها بقية الأجزاء ، فليكن المقام من هذا القبيل (وفيه) ما لايخفى ، فانه لا فرق بين أن يكون المشروط امراً خارجياً او يكون امراً شرعياً في استحالة تأثير المعدوم اصلاً كما افاده المصنف . وفى المثالين لابد وأن يكون المؤثر هو وصف السبق أو اللحوق ، فانه مما يتفاوت به الأغراض والرغبات فى الأمور العرفية أيضاً .

(نعم) هناك احتمال ثالث يعقل عليه القول بالكشف ثبوتاً ، وهو أن يكون الشرط هووصف التعقب بالرضا لانفسه ، وعليه يكشف لحوق الاجازة عن كون العقد السابق واجداً لشرائط الصحة من حين حدوثه . ومن هنا ذهب بعضهم الى جواز ترتيب آثار الصحة على العقد قبل لحوق الاجازة فيما اذا علم بتحققه فيما بعد، الا انه لادليل على كفاية وصف التعقب بالرضا في صحة العقد ، بل ظاهر الأدلة اعتبار نفس الرضا المبرز كما عرفت .

(وقد أغرب) بعض الأعلام في المقام حيث ذهب الى الكشف ، بدعوى

قوله (قده) : واستدل عليه كما عن « مع صد » و « ضة » (١)

ان الاجازة اللاحقة كاشفة عن اقتران العقد بالرضا التقديري ، اي لو علم المالك به كان راضياً (وفيه) أولا أن ظاهر الأدلة اعتبار الرضا الفعلي ، بل الرضا الفعلي ايضاً غير كاف مالم يبرز كما عرفت فضلا عن التقديري . وثانياً ان هذا الدليل أخص من المدعي ، فانه قد لايكون المالك راضياً بالعقد حين تحققه ثم يرضى به بعدمدة ، فان البداء مستحيل في حقه تعالى لافي المخلوقين ، فالكشف الحقيقي بجميع احتمالاته فاسد .

(١) استدل المحقق والشهيد الثانيان على الكشف بوجهين :

(الأول) ان السبب التام للملك هو العقد ، لعموم قوله تعالى : « أوفوا بالعقود » ففي الفضولي بالاجازة يتبين تمامية العقد (وفيه) انهما لو أرادا من كون العقد سبباً تاماً للملكية ان مجرد العقد هو السبب لها ولو لم يكن مقروناً برضا المالك فهو واضح الفساد على ما عرفت سابقاً ، مضافاً الى ان لازمه عدم الحاجة الى الاجازة حينئذ ، وصحة عقد الفضولي ولو لم تلحقه الاجازة راساً ، وان ارادا أن الشرط للصحة هو وصف التعقب فاذا تحققت الاجازة يتبين حصوله من حين تحقق العقد فهو مصادرة ، وقدعرفت عدم قيام الدليل على شرطية وصف التعقب.

(الثاني) أن الاجازة من الأمور التعلقية ، فلا محالة تتعلق بالعقد السابق وليست كالقبض مما لاتعلق له الا بالمقبوض الخارجي ، فهي رضا بالبيع السابق بالمعنى الاسم المصدري ، اعني المبادلة بين المالين من حين تحققه ، فكأن مضمون البيع هو المبادلة المقيدة بالزمان السابق ، وتعلق الاجازة والرضا بهايقتضي حصولها من حينه . (وقد أورد) عليه المصنف وتبعه بعض الأعلام منهم المحقق النائيني « قده » بوجهين :

(احدهما) ان مضمون البيع ليس الا انشاء طبيعي المبادلة من بين المالين

لاالمبادلة المقيدة بزمان خاص والا لزم القول بثبوت الملكية من حين الايجاب فيما اذا كان القبول متأخراً ، لأنه أيضاً رضى بالايجاب السابق (نعم) بما ان الانشاء امر زماني يقع في الزمان فالمنشأ أيضا يكون متحققا من زمان تحقق الانشاء ، لا انه مقيد بالزمان ، فمتعلق الاجازة ليست المبادلة المقيدة بالزمان السابق .

(ثانيها) انه ولو سلم تقيد مضمون البيع بالزمان السابق وتعلق الاجازة بالأمر المقيد الا ان المعتبر هو امضاء الشارع ، ومن الظاهر أن الامضاء الشرعي انما يكون بعد تحقق الاجازة لاقبلها ، لأن العقد بعد الاجازة يستند الى المالك ، وأما قبلها فهو اجنبي عنه ، فلا تعمه ادلة الصحة ، فتكون الملكية ثابتة من زمان الامضاء الشرعي لامن زمان الانشاء .

(ونقول) لابد من النظر فيما اورده المصنف على العلمين : (أما الوجه الاول) فهو انما يتم بناء على القول بأن الانشاء عبارة عن ايجاد المعنى باللفظ ، فانه حينئذ يمكن أن يقال بأن متعلق الايجاد غير مقيد بالزمان وانما يتحقق الموجد في زمان تحقق الايجاد ، فيكون الزمان ظرفا له ولايمكن أن يكون قيداً . ولكنك عرفت فساد المبني وان الانشاء انمـــا هو عبارة عن ابراز الاعتبار النفساني ، ومن الظاهر - كما بيناه في محله - أن المعتبر يستحيل فيه الاهمال ثبوتا ، فيدور أمره بين الاطلاق والتقييد وتقيد الملكية بزمان خاص واضح الفساد ، بل التقييد من خاص مخالف للاجماع في البيع ، فلابد من الاطلاق - بمعنى لحاظ الخصوصيات ورفضها - فيثبت الاستمرار ، فيكون المنشأ فى البيع اعتبار الملكية المستمرة لامقيدة بالاستمرار بل بمعنى رفض الخصوصيات ، فاذا تعلقت الاجازة بها والمفروض نفوذها لابد وان تثبت الملكية من حين صدور العقد ، ويتضح ذلك بالنظر الى الاجازة (وأما النقض) في القبول ففي غير محله ، فان الايجاب يكون معلقا على لحوق القبول دائما سواء ذكر التعليق فى اللفظ أو لم يذكر ، فلا يترتب عليه الأثر مالم يتحقق القبول ،

وهذا بخلاف الاجازة ، فان المنشأ في العقد الفضولي غير معلق عليها غالبا ، خصوصا فيما اذا كان العاقد بانيا على كونه مالكا إما خطأ أو عدوانا (نعم) قد يعلق عليها وهو خارج عن محل الكلام .

(وأما الوجه الثاني) ففيه أن دليل الامضاء ـ وان لم يكن شاملا لعقد الفضولي الا بعد لحوق الاجازة ـ الا انه لامانع من كون الامضاء المتأخر متعلقا بأمر سابق كما يمكن عكسه ، ففي باب الوصية يكون الامضاء سابقا والممضى هي الملكية المتأخرة ، وفيما نحن فيه يكون الإمضاء متأخراً والممضى هي الملكية السابقة .

(وبالجملة) ملخص الوجه الثاني الذي استدل به المحقق والشهيد الثانيان على الكشف هو أن الاجازة تتعلق بمضمون العقد السابق ، وهي الملكية من حين العقد فاذا كانت الاجازة نافذة ـ كما هو المفروض ـ لابد من ثبوت الملكية السابقة ، وذكرنا ان المصنف أورد عليه بوجهين :

(احدهما) مضمون العقد السابق ، اعنى الملكية ، لم تكن مقيدة بالزمان وانما كان الزمان السابق ظرفا لها (وقد أجبنا عنه) بأنه لا واسطة بين الاطلاق والتقييد فاذا لم تكن الملكية المعتبرة مقيدة فلابد من الاطلاق واستمرارها من حين حدوث العقد ، ولا تقاس الاجازة بالقبول ، فان القبول مقدم على العقد بخلاف الاجازة .

(وثانيهما) أن الاجازة ـ وان تعلقت بالملكية من حين العقد ـ الا أن الممضى شرعا انما هي الملكية المرضية للمالك ، ولا تكون المبادلة مرضية له الا بعد الاجازة فحينئذ يلحقها الامضاء الشرعي (والجواب عنه) أن تحقق الامضاء والاعتبار الشرعي ـ وان كان بعد لحوق الاجازة بالعقد ـ الا انه لامانع من أن يكون متعلقه الملكية السابقة من حين صدور العقد ، فيكون ظرف الامضاء والاعتبار متأخراً وظرف المعتبر سابقا (توضيح ذلك) أن الأمور الاعتبارية ليس لها وعاء الا في عالم الاعتبار ، فيوجد الأمر الاعتباري حقيقة بنفس الاعتبار في وعائه ، وقد يكون

زمان الاعتبار والمعتبر ومتعلقه متحداً ، فيعتبر من الآن الملكية الفعلية للامر الفعلي وقد يكون زمان الاعتبار سابقاً على زمان المعتبر فيكون الاعتبار فعلياً والمعتبر امراً متأخراً ، كما في الوصية فان الموصي يعتبر فعلا الموصى له ملكاً لماله بعد موته ، فيكون المعتبر هو الملكية بعد الموت ، فقبل الموت لم يتحقق أمر سوى الاعتبار ، واذا تحقق الموت يصير المعتبر ايضاً فعلياً .

(والفرق) بين هذا وبين الواجب التعليقي هو أن المعتبر فى الوجوب التعليقي فعلي ومتعلقه أمر متأخر ، ومن ثم يجب تحصيل مقدمات الواجب ، وهذا بخلاف باب الوصية ونحوها،فانه لم يتحقق فيها المعتبر أيضاًوانما تحقق نفس الاعتبار والمعتبر ايضاً امر متأخر وكل منهما امر ممكن (ومن هنا) قلنا في باب التعليق انه لولم يكن اجماع على بطلان التعليق في العقود لقلنا بامكان أن يبيع الانسان ماله من بعد مدة .

وقد يكون الاعتبار متأخراً والمعتبر أمراً سابقاً فمن الآن يعتبر الملكية قبل سنة ، وهذا أيضاً امرممكن ولذا قلنا انه لولا بعد البيع من السابق عن المرتكز العرفي وانصراف الأدلة عنه لقلنا بجواز أن يبيع الانسان ماله فعلا من السابق ، بأن ينشأ فعلا الملكية السابقة ويرتب آثارها ، فاذا أمكن ذلك نلتزم به في الفضولي ونقول بتحقق الاعتبار بعد الاجازة متعلقاً بالملكية السابقة من حين حدوث العقد ، لدلالة الخبر الوارد في الأرث والوارد في النكاح على ذلك . وهذا غير الكشف الحكمي الذي التزم به المصنف بمعنى ترتيب آثار الملكية السابقة بعد الاجازة ، فانه ـ وان كان ممكناً ـ الا انه لادليل عليه اذا تم ماذكرنا .

(نعم) لولم يتم هذا لقلنابالكشف الحكمي من باب اللابدية للخبرين المزبورين

(وقد) أورد على ما اخترناه بوجهين :

(أحدهما) : ما ذكره الميرزا « ره » في الخروج عن الدار المغصوبة من استحالة ثبوت حكمين مختلفين في زمان واحد وان كان زمان اعتبارهما مختلفاً ،

فان الميزان فى ذلك بزمان الفعلين لابزمان الاعتبارين ، فلا يمكن ان يحكم على شيء واحد بحكم في يوم الخميس ثم يحكم عليه بما يخالفه فى يوم الخميس أيضاً ، ويجري ذلك في المقام فيقال : ان العبرة في التضاد بزمان المعتبر لا الاعتبار (وقد أجبنا عن ذلك) بأنه انما يستحيل فى الأحكام التكليفية ، لكونها ناشئة من المصالح أوالمفاسد الثابتة في متعلقاتها ، فلا يمكن ان يكون شيئاً موافقاً للغرض ومخالفاً له في زمان واحد الا بنحو البداء المستحيل فى حق الشارع ، وأما الأحكام الوضعية الناشئة من المصالح انفسها فلا مانع من اجتماعها اذا كان زمان الاعتبار مختلفاً ، ففي يوم الأربعاء يعتبر زيد مالكاً لشيء يوم الجمعة لقيام المصلحة به ، وفي يوم الخميس يعتبر عمرو مالكا له فى يوم الجمعة لقيام المصلحة باعتبار ذلك (نعم) يستحيل ذلك اذا كان زمان الاعتبار أيضا واحداً ، لأن اعتبار الملكية لزيد بمعنى استقلاله في التصرف ينافى اعتبارها لعمرو لاستلزامه نفي استقلال زيد في التصرف ، وأما اذا كان زمان الاعتبار متعدداً فلا مانع من ذلك ـ فتأمل .

(ثانيها) ما ربما يقال أو قيل من أن كون زمان الاعتبار متأخراً وزمان المعتبر سابقا انما يتصور فيما اذا كان الاعتبار من قبيل القضايا الخارجية كاعتبار المتعاملين ، وأما اعتبار الشارع ـ الذي هو محل الكلام في بحث الكشف والنقل ـ فلا يجري فيه ذلك ، لأن الأحكام الشرعية تكون مجعولة بنحو القضايا الحقيقية ، فيكون اعتبار الشارع ثابتا أزلا او حين تحقق الشريعة على الموضوعات المقدر وجودها ، فاذا كان الاعتبار سابقا ـ والمفروض ان المعتبر سابق على الاجازة ـ فلا محالة يثبت الكشف بنحو الشرط المتأخر المحال .

(وبعبارة أخرى) إن كان الاعتبار الشرعي سابقا على الاجازة لزم الكشف المستحيل ، وان كان بعدها كان منافيا لكون الأحكام الشرعية من قبيل القضايا الحقيقية . مضافا الى استلزامه القول بالنقل ـ فتأمل .

(ويرد عليه أولا) ان هذا الاشكال مبني على أن يكون للشارع اعتبار الملكية بعد الاجازة ولا ملزم لذلك ، انيمكن أن يقال : ان الشارع انماينفذ اعتبار المالك ـ أي اجازته المتعلقة بالملكية السابقة ـ ومعني تنفيذ الشارع جعل المالك مطلقا ومرسل العنان فى الاجازة والرد ـ فتأمل . وبما أن اعتبار المالك يكون بعد الاجازة ومعتبره الملكية السابقة يثبت ماذكرناه .

(وثانيا) نفرض أن الشارع أيضا يعتبر الملكية واعتباره أزلى ، الا ان موضوع حكمه بالملكية انما هو المجيز ، فيتعبر المجيز مالكا للثمن ، ومن الظاهر أن الحكم مشروط بوجود موضوعه ولا يكون فعليا الا بعد فعلية موضوعه ، فاعتبار الشارع للملكية إنما يصير فعليا بعد تحقق المجيز خارجا بتحقق الاجازة ومتعلقة الملكية السابقة ، فالكشف بهذا المعنى الموافق للذوق العرفى مما لامانع منه ثبوتا ، ويدل عليه في مقام الاثبات ظهور رواية محمد بن قيس لو قبلنا دلالتها على صحة الفضولي ، وصراحة صحيحة ابي عبيده (١) الواردة في نكاح الصغيرين اذا مات احدهما قبل أن يجيز الآخر ، فانها صريحة فى الكشف اذلامعنى للنقل مع موت احد الزوجين ، وإن لم يبين فيها كون الكشف بالمغنى المستحيل أو بمعنى اعتبار وصف التعقب أو الامارية المحضة ، ولكن بما انا بينا استحالة الأول وقلنا ان الثاني لادليل عليه والثالث مخالف لظاهر الأدلة فلا محالة يتعين الكشف بالمعنى الذي اخترناه ، ومع التنزل لابد من حملها على الكشف الحكمي ، بمعنى ترتب آثار الملكية السابقة وان لم يثبت أصلها .

(بقي الكلام) في وجه حكم الامام عليه السلام في الصحيحة بعزل نصيب الزوجة من الارث وعدم دفعه الى الورثة مع ان استصحاب عدم لحوق الاجازة يقتضى دفعه اليهم ، والظاهر ان ذلك من باب الاحتياط فى الأموال ، كما ورد نظيره في

---

(١) تقدم مصدر هذين الخبرين فراجع .

ارث الحمل وانه يعزل من الارث بمقدار نصيب ذكرين ، مع ان استصحاب عدم الولد الثاني بل استصحاب عدم كون الحمل ذكراً يكون جاريا .

(والحاصل) ان الكشف الحكمي بمعنى تنزيل غير المالك بمنزلة المالك في جميع الآثار لا يكون ممكنا ثبوتا ، وذلك لأن المنزل عليه في باب التنزيل قد يكون امراً خارجياً كقوله الفقاع خمر والصلاة طواف وقد يكون أمراً اعتباريا شرعيا يكون وضعه ورفعه بيد الشارع ، ففي القسم الاول يصح التنزيل - سواء كان في بعض الآثار أو في جميعها - وأما فى القسم الثاني فلا يصح التنزيل فيه الا اذا كان في بعض الآثار وأما في تمام الآثار فلا معنى للتنزيل أصلا بل يثبت حينئذ نفس المنزل عليه ، فاذا نزلت المطلقة الرجعية مثلا منزلة الزوجة في جميع الاثار فهي زوجة حقيقة ، وهكذا إذا نزل غير الواجب بمنزلة الواجب كذلك فهو واجب ولا معنى للتنزيل ، والمقام من قبيل الثاني فان الملكية الشرعية التي هي محل كلامنا اعتبار شرعي ، فاذا نزل غير المالك منزلة المالك في جميع الآثار فلامحالة اعتبر مالكا (وعليه) فالكشف الحكمي بهذا المعنى فاسد ثبوتا فينحصر الكشف فيما ذكرناه .

(ثم ان) فخر المحققين استدل على الكشف وبطلان النقل بوجه عقلي كما هو دأبه في الفقه على ماقيل ، وحاصله : ان القول بالنقل يستلزم تأثير المعدوم ، وهو محال ، فان العقد حين الاجازة وتحقق الاثر - أعنى الملكية - معدوم (وفيه) أولا : ما اورده المصنف من النقوض ، فان لازم ماذكره تحقق الملكية من حين الايجاب وان تأخر عنه القبول والا يلزم تأثير المعدوم ، وهكذا في بيع الصرف يلزم حصول الملك قبل القبض والا لزم المحذور المزبور ، وكذلك يلزم انكار الوصية التمليكية ، فان ظرف حصول الأثر فيها بعد حصول الموت وانعدام العقد (وثانيا) ان تأثير المعدوم فى الموجود لا استحالة فيه ، بل هو موجود في جميع العلل التدريجية فيشرب السم ويتحقق اثره بعد مدة مديدة ، وانما المستحيل تخلف المعلول عن الجزء

قوله (قده) : بقي الكلام في بيان الثمرة (١)

الأخير من علته التامة ، فلو كان عكس « قده » المطلب واستدل بما ذكره على استحالة الكشف ، لأن الشرط ـ أعني الاجازة ـ حين العقد معدوم كان أولى .

ثمرات المسألة

(١) ذكر ـ قده ـ فى هذه الأسطر مالم نفهمه ولم ندر ماذا فهمه منها غيرنا فانه ذكر أولا في بيان الثمرة بين الكشف الحقيقى على القول بكون الاجازة بنفسها شرطا على نحو الشرط المتأخر وبين كون الشرط وصف التعقب انهعلى الثاني يجوز تصرف كل منهما فيما انتقل اليه بانشاء الفضولي اذا علم اجازة المالك فيما بعد وعلى الأول لايجوز ذلك (وفيه) انهلاوجه لهذا الفرق بعد فرض الاجازة شرطا متأخراً يؤثر مع عدم تحققه فى حصول الأثر سابقا من باب التفرقة بين الشروط الشرعية والعقلية أو غير ذلك ، اذ عليه أيضا اذا علم بتحقق الاجازة فيما بعد يجوز التصرف من حين العقد .

(ثم بعد ذلك ذكر) في الثمرة بين الكشف الحقيقي والحكمي مع كون نفس الاجازة شرطا انه على الكشف الحقيقي يكون التصرف قبل الاجازة ـ كالوطي مثلا ـ حلالاً واقعا حراما ظاهراً ، لأصالة عدم الاجازة ، وكشف الاجازة عن وقوعه فى ملكه واقعا (وفيه) مالايخفى ، فانه « قده » قبل سطر أو أقل صرح بعدم جواز التصرف على الكشف وكون نفس الاجازة شرطا حتي فيما اذا علم بلحوق الاجازة ، ومعه كيف حكم في المقام بحلية الوطي واقعا على الكشف الحقيقي وكون الاجازة بنفسها شرطا ، ولعل ذلك صدر من قلمه الشريف سهواً . والصحيح انه بناء على الكشف الحقيقي بأقسامه يكون التصرف حلالاً واقعا . وأما على الكشف الحكمي ـ حتى على مااخترناه من كون ظرف الاعتبار متأخراًوظرف المعتبر سابقا ـ

فلا يحل التصرف فضلاً على النقل .

(هذا) وأما ماذكره قدس سره من أنه لو أولدها صارت ام ولد ـ الخ ، ففيه : ان ظاهر أدلتها اعتبار حلية الوطي ظاهراً والا فلا تكون الأمة ام ولد ، فلاوجه لما ذكره في المقام ايضاً (وتفصيل الكلام) في بيان الثمرة بين الكشف بأقسامه والنقل تارة يقع في الأحكام الخارجية المترتبة على جواز التصرف وعدمه ، واخرى في نفس تصرف من انتقل عنه المال ، وثالثة في تصرف من انتقل اليه ، فلا بد من البحث في جهات :

(الأولى) في الأحكام المترتبة على جواز التصرف ، فنقول : اذا بيعت الأمة فضولة فوطئها المشتري قبل اجازة المالك فعلى القول بالكشف الحقيقي يكون الوطي في ملكه ولا يكون زناً بذات البعل ، واذا استولدها يحكم بكونها ام الولد ، لأن الاستيلاد وقع في ملكه . وأما على الكشف الذي اخترناه فالوطي يكون زناً بذات البعل وتترتب عليه آثاره من الحد والحرمة المؤبدة لعدم وقوعه في ملكه ، واذا استولدها لايحكم عليها بكونها ام ولد ، لأن ظاهر أدلة احكام أم الولد كون الاستيلاد في الملك حدوثاً ولايعم ماإذا كان كذلك بقاء ، كما ذكرنا ذلك في حديث « من زاد في صلاته » ، وقلنا : انظاهر « زاد » ايجاد الزيادة ـ اي الزائد حدوثاً ـ لا ايجاد وصف الزيادة في الشيء بقاء ، فاذا قال المصلي « ايا » مثلا ثم بدى له أن يعيده فقال « إياك نعبد » لاتبطل به الصلاة ، لأن كلمة « إيا » لم تحدث زيادة وانما اتصفت بالزيادة بقاء حين التكرار فلا يعمه الدليل ، والمقام كذلك ، فان أدلة الاستيلاد منصرفة عن استيلاد المملوك حدوثا لابقاء ، وعلى الكشف بالمعنى المختار يكون الاستيلاد استيلاد المملوك بقاء من حين الاجازة واعتباره مالكاً من حين العقد ، وأما حدوثاً فلم يكن استيلاداً لمملوكه فلاتعمه الأدلة . وهكذا على الكشف الحكمي ، فان التنزيل عليه يكون بعد لحوق الاجازة وان كان متعلقه الآثار السابقة

وأما على النقل فالأمر واضح .

(الجهة الثانية) في نفوذ تصرف من انتقل عنه المال فيما بين وقوع العقد والاجازة ، كما اذا فرضنا ان الفضولي باع مال أحد فباعه المالك لآخر من غير أن يكون رداً بل كان لعدم علمه بعقد الفضولي أو لجهله به ثم علم به فاجازه ، فهل يكون البيع الثاني نافذاً دون الفضولي أو تكون الاجازة نافذة دونه ؟ تارة يكون العقد الثاني منافياً مع العقد الفضولي الأول وأخرى لايكون منافياً ، أما اذا كان منافياً له ـ كما اذا زوج احد امرأة فضولة لشخص ثم زوجت المرأة نفسها لرجل آخر من غير علم بالنكاح الفضولي ثم علمت فأجازته ـ كان العقد الثاني نافذاً دون الأول حتى على الكشف الحقيقي (والسر) فى تقديمه عليه هو السر في تقدم الامارات على الأصول العملية ، فان العقد الثاني تامالأجزاء والشرائط ومستند الى من يعتبر استناده اليه ، فشمول العمومات له فعلى غير مراعي ـ فتأمل .

(وهذا) بخلاف شمولها للعقد الأول ، فانه مراعي بعدم نفوذ العقد الثاني ليستند الأول الى المالك باجازته ، من غير فرق بين القول بالكشف أوالقول بالنقل (نعم) على القول بالامارية المحضة لايبعد دعوى العكس على كلام فيه لاحتمال أن يكون المعرف خصوص الاجازة التي لايسبقها ماينافي العقد السابق .

(وأما) اذا لم يكن العقد الثاني منافياً مع الأول ـ كما اذا باع المالك المبيع الفضولي قبل الاجازة جهلا أو غفلة لأن يكون ذلك رداً منه او اعتقه كذلك ـ فهل يكون العقد الثاني نافذاً دون الأول ، كما قواه المصنف وان احتمل خلافه أولا وتبعه الميرزا ، أو يقدم الأول مطلقا ، أو تفصيل بين الكشف والنقل ؟ وجوه والظاهر هوصحة العقد الأول على الكشف (وذلك) لأن المالك يكون حينئذ أجنبياً عن المال ، فبيعه أو عتقه لهيكون بمنزلة بيع غير المالك وعتقه .

وما ذكره الميرزا من أن المجيز لابد وأن يكون مالكا حين الأجازة (يرد عليه

أولا) أن المجيز لابد وأن يكون مالكا حين العقد لاحين الإجازة ، فانه مستحيل على القول بالكشف حتى في فرض عدم تحقق البيع والعتق منه (وثانياً) ان الاجازة والرد لم يتعلقا بالمال وانما هما متعلقان بالعقد كالفسخ والرد ، فالمعتبر أن يكون المجيز مالكا للعقد حين الاجازة لا للمال ، ومن الظاهر كون المجيز كذلك في المقام ، فان العقد واقع على ملكه .

(ثم لا يخفى) أن ماذكرناه غير جار في الفرض الأول من جهة الفرق الظاهر بينهما ، فان العقد الثاني في القسم الأول مناف للعقد الفضولي ، اذ لايمكن تزويج المرأة لشخصين ، وهذا بخلاف القسم الثاني ، فان العقد الثانى فيه لاينافى الأول ، اذ يمكن صحة كليهما ، فيكون العقد الأول صحيحا ويصح الثاني ايضا ، غايته يكون فضوليا على الكشف الحقيقي وبمنزلة الفضولي على الكشف الحكمي ، فيغرم المالك الأول للمشتري فى فرض العتق لكونه متلفا لماله ـ فتأمل . ويكون البيع له في البيع.

(وبالجملة) يقع الكلام فى الثمرة بين الكشف والنقل : تارة في الأحكام الخارجية المترتبة على التصرف فيما بين العقد والاجازة ، واخرى فى تصرف المالك للمبيع الفضولي فى العين المنتقلة عنه ، وثالثة في نماثاتها ، ورابعة فى تصرف المنقول اليه فيما انتقل اليه :

(أما الجهة الأولى) فاذا بيعت الأمة فضولة ووطئها المشتري ثم اجاز المالك فهل يكون الوطي حلالا ؟ واذا حصل منه الاستيلاد تصير الأمة بهذا أم ولد ، أو الوطي يكون زنا بذات البعل ولا تكون الامة بذلك ام ولد ؟ ظاهر المصنف انه على الكشف الحقيقي يكون الوطي حلالاً واقعا ، واذا حصل به الولد صارت الامة ام ولد ، وأما على الكشف الحكمي فاحتمل تحقق الاستيلاد وعدمه ايضا لعدم حدوث الاستيلاد في الملك . وذكر المحقق النائيني ان صيرورة الامة بذلك ام ولد مستحيل ، لان الاستيلاد حدث في ملك الغير .

(ونقول) لااستحالة في ذلك ، إذ للشارع أن يرتب احكام أم الولد باستيلاد الواقع على المملوك ولو بقا. ، ويحكم بصيرورة الامة بذلك أم ولد لايجوز بيعها الا فى موارد خاصة ، الا أن الدليل في مقام الاثبات لا يساعد ذلك ، فان الظاهر من الادلة حدوث الاستيلاد في الملك ، كما بيناه فى حديث « من زاد » .

(وأما الجهة الثانية) ـ اعني تصرف من انتقال عنه المال فيما انتقل عنه فيما بين العقد والاجازة ـ فنسب الميرزا فيه الى المصنف التفصيل بين القول بالكشف الحقيقي فتكون الاجازة نافذة دون النقل أي العقد الثاني ، لان تصرف المالك حينئذ فيما انتقل عنه يكون تصرف الاجنبي فى المال ، واحتمل كون النقل نافذاً لكونه رداً قهريا للعقد السابق ، وعلى الكشف الحكمي يكون العقد الثاني نافذاً ، والوجه في هذه النسبة انه استظهر صحة هذه النسخة « ولو نقل المالك أم الولد » فان فى بعض النسخ » ولو نقل المالك الولد » ، وعليه يتم الاستناد . وعلى أي حال ذهب هو « قده » الى نفوذ العقد الثاني مطلقا ، حتى على القول بالكشف الحقيقي وعدم نفوذ الإجازة .

(ونقول) أما اذا كان العقد الثاني تزويجاً ـ كما اذا زوجت المرأة فضولة لشخص ثم زوجت هي نفسها لآخر جهلا منها بالنكاح الفضولي وبعد ذلك علمت به فأجازته ـ فالظاهر هو صحة العقد الثاني حتى على الكشف الحقيقي ، وعدم نفوذ الإجازة كما ذكره الميرزا « ره » ، وذلك لأن الزوجين ركن في النكاح وليسا كالعوضين فى المبيع ، وقد دلّ الدليل على اعتبار أن تكون الزوجة خلية عن الزوج حين الاجازة ـ فتأمل . فاذا فرض انها زوجت نفسها لآخر قبل الاجازة لاتكون اجازتها نافذة لعدم صدورها من الخلية فتأمل (وهذا) هو المرتكز في أذهان العقلاء والمتشرعة أيضاً ، ولذا لايقول أحد بفساد النكاح الصادر منه إذا أجازت النكاح الفضولي السابق بعد عشر سنين ورجوعها الى حبالة الشخص الآخر بالاجازة .

(وأما) اذا كان العقد الثاني بيعاً او عتقاً فالظاهر صحة العقد الثانى أيضاً على الكشف الحقيقى ، لالما ذكره الميرزا من اعتبار أن يكون المجيز مالكاً للعين حين الاجازة ، زعماً منه أن الاجازة حق متعلق بالعين ، لأن الاجازة تكون كالفسخ والرد والامضاء متعلقاً بالعقد لا بالعين ، فالفسخ حل العقد السابق وهكذا الرد . والفرق بينهما أن الأول رفع والثاني دفع ، وكذلك الامضاء والاجازة فهي متعلقة بالعقد ، ولذا لاوجه لاعتبار كون المجيز مالكاً للعين اصلا ، بل لأن الكشف الحقيقي على خلاف القاعدة ومن باب اللأبدية ولو لما ذكره فخر المحققين ، ولذا لايلتزم به الا فى المقدار المتيقن ، وهو ما اذا كان المجيز مالكاً للعين لولا الاجازة دون ما اذا لم يكن كذلك كما في الفرض ، فلا تكون الاجازة فيه كاشفاً عن صحة العقد السابق ، فيكون العقد الثاني صحيحاً .

(والفرق) بين ما ذكره الميرزا وما ذكرناه : ان ما افاده يكون من قبيل ابداء المانع ، وما اخترناه يكون من قبيل عدم المقتضي . وتظهر الثمرة بينهما على الكشف الحكمي كماسيتضح ، وأما على الكشف الحقيقي فالفرق علمي محض ، وأما على الكشف الحكمي الذي اخترناه فبما انه على طبق القاعدة والعمومات فتأمل واطلاقها يقتضي ثبوته ، حتى فيما اذا لم يكن المجيز مالكاً للعين اولا الإجازة ، فلابد من الالتزام بصحة الاجازة ونفوذها ، وحينئذ بما أن العقد الثاني أيضاً كان صادراً عن المالك حدوثاً ومشمولا للعمومات ويبعد عدم شمولها بقاء ، ولابد من الحكم بصحته غاية الأمر إن كان قابلا للاجازة كالبيع يكون فضوليا مراعيا على اجازة المالك وإن لم يكن قابلا لها كالعتق يكون تالفا ، فيطالب المشتري المجيز بالمثل أو القيمة . وهذا هو مقتضى الجمع بين الأدلة كما في البيع الخياري اذا كان المبيع تالفا حين الفسخ ، فانه ينتقل حينئذ الى المثل أو القيمة .

(الجهة الثالثة) في تصرف المالك في نماء ما انتقل عنه ، كما اذا فرضنا ان

المدة بين زمان العقد وزمان الاجازة طالت وكان المبيع حيوانا أو شجراً وحصلت له النماء وتصرف المالك فيه ببيع أو غيره ، فعلى القول بالنقل يكون تصرفه فيه تصرفا في ملكه ، فيكون نافذاً ، إذ المفروض بقاء العين على ملكه ويتبعها النماء .
وأما على الكشف الحقيقي فالظاهر بطلان تصرفه لكونه تصرفا في ملك الغير ، إذ المفروض انتقال النماء الى المشتري تبعا للعين ، وفاقا للمصنف لو كانت العبارة « لو نقل الولد » بدون كلمة الأم ، ولكنه « قده » بعد حكمه ببطلان التصرف في النماء احتمل صحته أيضا ، لاحتمال كونه بمنزلة الرد للعقد الفضولي (بدعوي) ان تصرف المالك في النماء ونقله مستلزم لعدم التزامه بكون النماء ملكا للمشتري ، وهو مستلزم لعدم كون العين أيضا ملكا له وهو معنى الرد ، فنقله بالالتزام يكون رداً للعقد غايته رداً بالفعل لابالقول ، ولايفرق في الرد بين الفعلي والقولي كما سيتضح انشاء الله تعالى .

(وفيه) أن الرد بناء على شمول العمومات للعقد الفضولي يكون قطعاً ، وهو كالاجازة أمر قصدي ، فاذا كان المالك في مقام نقل النماء ملتفتا الى لازم فعله وقاصداً له لابأس بكونه مصداقا للرد الفعلي ، ولكن اذا لم يكن قاصداً له بذلك بل لم يكن ملتفتا الى الملازمة اصلا فكيف يمكن القول بكونه مصداقا للرد ، وهذا ظاهر ، فالصحيح هو بطلان النقل وصحة الاجازة كما افاده اولا ولايقاس التصرف فى النماء بالتصرف فى العين ، حيث ذكرنا فيه بطلان الاجازة على الكشف الحقيقي أيضا ، اذ التصرف في النماء ليس تصرفا فيما تعلق به العقد ، ليحتمل مانعيته عن صحة الاجازة وكاشفيتها ، وهذا بخلاف التصرف فى العين ، فانه كان متعلقا بما تعلق به العقد فلذا احتمل مانعيته .

(وأما على الكشف الحكمي) فتصرف المالك فى النماء حدوثا كان تصرف المالك في ملكه ومشمولا للعمومات وإن لم يكن بقاء بعد حصول الاجازة كذلك ،

الا انه يبعد كونه مشمولا للعمومات ابتداء وعدم شمولها له بقاء ، فلابد من الحكم بصحته ، فان كان قابلا للفضولية - كالبيع - كان مراعىً باجازة المشتري ، وان لم يكن قابلا لها كالعتق كانت العين بحكم التالف ويغرم المالك بالمثل أو القيمة .

ولا وجه لما ذكره الميرزا « قده » من أن النماء حين الاجازة قد يكون معدوما ، ولا معنى لاعتبار ملكية المعدوم ، فان المعتبر على الكشف الحكمي انما هو ملكية النماء حال وجوده وان كان طرف الاعتبار بعد ذلك .

ثم الظاهر أن النسخة الصحيحة من المتن غير مشتملة على كلمة « الأم » ، والعبارة هكذا : « ولو نقل المالك الولد » ، والمراد بالولد هو ولد الحيوان لاولد الأمة فانه حر على الكشف الحقيقي ، وهكذا لو كانت النسخة أم الولد ، فان ام الولد لايجوز بيعها في نفسها الا في الموارد المنصوصة .

(والدليل) على ما ذكرنا من عدم اشتمال النسخة الصحيحة على كلمة الأم انه على فرض اشتمالها عليها يلزم التهافت بين هذه العبارة وماذكره « قده » بعد اسطر من قوله « وإن نافى الاجازة كاتلاف العين » - الخ ، فانه صريح في أن تصرف المالك فى العين على الكشف الحكمي مفوت لمحل الاجازة ، والعبارة السابقة - بناء على اشتمالها على كلمة الأم ليكون التصرف في العين - صريح بصحة تصرفه مع بقاء محل الاجازة ونفوذها ، فيكون على المجيز قيمة ما نقله ، فلا بد وأن تكون العبارة الأولى ناظرة الى تصرفه في النماء ، فلا يفوت به محل الاجازة على الكشف الحكمي ، والعبارة الأخيرة ناظرة الى تصرف المالك في العين ، فيفوت به محل الاجازة ، وهذا هو الذي يقتضيه حفظ مقام المصنف « قده » ، ولم نعرف لماذا فهم الميرزا عكس ذلك .

(وأما الجهة الرابعة) - اعني تصرف من انتقل اليه المال فيه قبل الاجازة - فعلى القول بالكشف الحقيقي يكون حلالا تكليفاً ونافذاً وضعاً ولكنه تجرٍ وحرام

قوله (قده) : منها النماء (١)

ظاهراً لاستصحاب عدم لحوق الاجازة فيما بعد ، فاذا كان التصرف عبادياً - كالوضوء بالماء المبيع فضولة فسد لمنافاة الحرمة الظاهرية مع قصد القربة ، كما انه على النقل يكون حراماً تكليفاً ووضعاً اذا كان التصرف بالبيع يدخل فيمن باع شيئاً ثم ملك (وأما) على الكشف الحكمي فتصرفه حرام تكليفاً ، وأما وضعاً فحدوثاً لايكون نافذاً لأنه تصرف في ملك الغير الا انه بعد الاجازة يكون بقاء مستنداًالى المالك ، فتعمه العمومات ويكون نافذاً .

الثمرة بين الكشف والنقل من حيث النماء

(١) تعرض المصنف لحكم النماء مع انه كان يستفاد مماذكره سابقاً ، ولعله كان من جهة التعرض لكلام الشهيد « قده » . وعلى أي حال اذا حدث للثمن أو للمثمن أو لهما معاً نماء فعلى القول بالنقل يكون النماء لمن انتقل عنه المال لحدوثه في ملكه تبعاً للعين ، وعلى القول بالكشف ينعكس الأمر ، ولكن الشهيد ذكر : فان جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد والاجازة الحاصل من المبيع للمشتري ونماء الثمن المعين للبائع ، ولو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز وظاهره كون نماء الثمن والمثمن معاً لشخص واحد وهو المجيز ، وهو بظاهره فاسد فيحمل على سهو القلم . ولكن وجه كلامه بتوجيهين : (احدهما) توجيه المراد منه بحمله على خلاف الظاهر (والثاني) توجيه الحكم مع التحفظ على ظاهر الكلام .

وقد ذكر المصنف أن التوجيه الأول هو الأولى ، وحاصله أن يراد من المجيز طبيعي المجيز لا الشخص ، ويفرض البيع فضولياً من الطرفين ، فاذا أجاز مالك المبيع انتقل اليه نماء الثمن ، واذا أجاز مالك الثمن انتقل اليه نما المبيع ، فالنماء يكون

قوله (قده) : ومنها ـ ان فسخ الأصيل (١)

للمجيز بهذا التفصيل .

(ولا يخفى) مافيه من مخالفة الظاهر ، فان قوله « فهما للمالك المجيز » ظاهر في كون كلا النمائين لشخص واحد .

(وأما التوجيه الثاني) فحاصله انه يمكن أن يكون نماء كل من العوضين لشخص واحد على القاعدة كما اذا كان البيع من طرف المبيع فضولياً دون غيره ، فيكون نماء المبيع للمالك المجيز لحدوثه في ملكه ، ويكون نماء الثمن له أيضاً لاقدام المشتري على تمليكه له باقدامه على الشراء من الفضولي وفيه (أولا) انه يمكن أن لايكون المشتري عالماً بالفضولية ، بل تخيل ان البايع مالك أوولي أو وكيل . (وثانياً) يمكن أن يكون الشراء أيضاً فضولياً كالبيع . (وثالثاً) الاقدام على التمليك ليس احد المملكات . (ورابعاً) هو لم يقدم على تمليك النماء للبائع مجاناً ، وانما أقدم على تمليكه بعوض ، فهذا التوجيه غير تام والصحيح حمل العبارة على خلاف ظاهرها أو حملها على سهو القلم .

الثمرة بين الكشف والنقل

بلحاظ فسخ الأصيل

(١) لاريب في أن المالك غير الأصيل له حل العقد بالرد كما له امضاؤه بالإجازة ، وإنما الكلام فى الأصيل وان له أن يفسخ العقد ويرفع اليد عن إلزامه مالم يجز الطرف الآخر ، أو يتصرف بتصرف نتيجته انفساخ العقد ، أوليس له ذلك ، أو يفصل بين القول بالكشف والنقل ، فالأقوال ثلاثة :

ذهب المصنف الى التفصيل ، وانه على الكشف ليس له ذلك لتمامية العقد

ولزومه لشمول العمومات له وان لم يكن الأصيل عالماً به ، بل يستصحب عدم تحقق الاجازة فيما بعد ، الاان المفروض لحوقها واقعاً . وأما على النقل فيما أن العقد غير تام بعد وغير مشمول لأدلة اللزوم يكون جائزاً وله أن يفسخه ، نظير رفع الموجب يده عن التزامه قبل لحوق القبول وإلغائه له ، ومن قال بجواز الفسخ مطلقا ناقش فيما افاده «قده» على الكشف ، بأن الفسخ بعدم موضوع الاجازة بحيث يبقى لها مجال وان كان العقد بحيث لو لحقته الاجازة كان تاماً من حين حدوثه .

والمحقق النائيني « ره » حيث ذهب الى عدم نفوذ فسخه حتى على القول بالنقل ناقش فيما افاده المصنف على النقل بما بناه على كون مفاد العمومات كقوله تعالى « أوفوا بالعقود » هو الحكم التكليفي لا الوضعي ، فمعناه لزوم انهاء الالتزام تكليفاً ، فلا ينافي شموله لعقد مع عدم ثبوت الحكم الوضعي له وعدم ترتب الأثر عليه ، لأن كلامن الحكمين اجنبي عن الآخر ، فيمكن أن يعم العموم عقد الأصيل والتزامه مع عدم ترتب الأثر عليه فعلا وكونه مراعيً بلحوق الأجازة .

(وبعبارة اخرى) إن كان المراد بالعقد في الأية معناه الاسم المصدري ـ اعني نتيجة العقد وهو حصول المبادلة والملكية ـ فلا يمكن أن تعم عقد الأصيل قبل الأجازة ، لعدم حصول نتيجته حينئذ ، وأما إن كان المراد معناه المصدري ـ وهو الالتزام ـ فلا مانع من شموله لالتزام المالك ، فيجب عليه الوفاء ولايجوز له الفسخ ، وهذا جار في جميع العقود إلا المنصوصة كالوقف قبل القبض ولا ينتقض ذلك بالايجاب والقبول ، فان العقد غير متحقق بمجرد الايجاب قبل لحوق القبول .

ويرد عليه امران : (احدهما) ما سنذكره على القول بالكشف (وثانيهما) راجع الى ماذكره مع النقل من كون مضمون الآية حكماً تكليفياً لا وضعياً ، فانه يرد عليه انه بناء على ان يكون الأمر فيها تكليفياً يكون معنى الآية وجوب إنهاء الالتزام واتمامه ، ومعناه عدم فسخه فيكون الفسخ حراماً ، ومن الظاهر انه ليس

المحرم هو مجرد التلفظ بلفظ فسخت ، بل الحرام هو واقع الفسخ الممضي شرعاً ، فاذا حرم ذلك لزم أن يكون مقدوراً للمكلف ، بحيث لوعصى النهي وفسخ كان فسخه نافذاً شرعاً ولازمه جواز البيع من طرفه ، فاذا ثبت الجواز نقطع عدم حرمة فسخ العقد الجائز تكليفاً فيجوز ، فلهذا لابد وأن يكون الأمر في الآية ارشاداً الى لزوم العقد وضعاً كما تمسكنا بها للزوم العقود ، فلا يعم العقد الذي لم يتم وكان ترتب الأثر عليه مشروطاً بشرط غير حاصل (وعليه) فيجوز الفسخ في جميع الموارد التي لم يتم العقد بعد كالصرف أو الهبة أو الوقف قبل القبض على القاعدة (وبالجملة) على النقل يجوز للاصيل فسخ المعاملة لأنه تصرف في ملكه ، وبعده لايبقى موضوع للاجازة .

(وما) أفاده المحقق النائيني من أن وجوب الوفاء بالعقد حكم تكليفي فيكون انحلالياً فيجب على كل من المتعاملين انهاء التزامه ففيه (أولا) ان لازم كون وجوب الوفاء بالعقد حكماً تكليفياً جواز العقد ، فان الأمر بانهاء الالتزام انما يصح فيما اذا كان المخاطب متمكناً من عدمه ، أى من رفع اليد عن التزامه ، بحيث اذا خالف الحكم التكليفي وفسخ العقد كان ذلك ممضي منه شرعاً ، وهذا معنى جواز العقد ، فلا مناص من كون وجوب الوفاء بالعقد ارشاداً الى ترتيب آثار الملكية ، فلا يعم الا العقد التام من حيث الأجزاء والشرائط الذي يترتب عليه الأثر ، وهو الملكية .

(وثانياً) نفرض كون الخطاب تكليفياً الا انه خطاب الى الملاك ، وموضوعه العقد ـ اعني الارتباط بين التزامي المالكين ـ وليس التزام الأصيل مصداقاً له على القول بالنقل مالم تتحقق الاجازة ، وبهذا يفرق المقام عن النذر ، فله أن يرفع اليد عنه ، فينتفي به موضوع الاجازة .

(وأما على الكشف) فتارة يتكلم فى فسخ الأصيل ، واخرى فى جواز

تصرفه فيما انتقل عنه تكليفاً ، وثالثة في نفوذ تصرفه فيـه وضعاً ، فالكلام يقع في جهات :

(الأولى) في فسخ الأصيل ، وهو نافذ على الكشف لتمامية العقد على الفرض من الطرفين وان لم يعلم بذلك ، فهو مشمول لعموم « أوفوا بالعقود » ، ويدل على عدم نفوذ فسخه أيضاً قوله سبحانه « الا أن تكون تجارة عن تراض » فان فسخ الأصيل ليس مصداقاً لها ، وهكذا الاستصحاب بل جميع الوجوه الثمانية التي استدل بها على اللزوم في باب المعاطاة او اكثرها .

(الجهة الثانية) في جواز تصرفه فيما انتقل عنه تكليفاً ، ظاهر المصنف هو العدم تمسكاً بعموم الآية الشريفة ، ولكن الصحيح جوازه ، فان حرمة التصرف ليست من آثار الالتزام بملكية الغير ، وانما هي من الآثار المترتبة على ملك الغير شرعاً ولم يعلم قبل الاجازة صيرورة العين ملكاً لمن انتقل اليه المال ، بل المعلوم عدمه ولو بمقتضى الاستصحاب فما افاده المصنف من حرمة تصرفه حتى مع علمه بعدم لحوق الاجازة لابد وأن يعدّ من غرائب الكلام .

(فتحصل) ممـا ذكرنا أنه لايجوز للأصيل أن يتصرف فيما انتقل عنه على القول بالكشف ايضاً اذا علم بعدم لحوق الإجازة اواحتمل ذلك ، حتى على القول بكون الاجازة امارة محضة من دون أن يكون لهـا أي تأثير في تمامية العقد ، لأن العقد المؤثر إنما هو الملزوم للاجازة التي هي معرّفة ولم يعلم قبل لحوق الاجازة كون العقد ملزوماً لها ، بل المفروض عدم كونه كذلك بالعلم الوجداني أو التعبدي بمقتضى استصحاب عدم تحقق الاجازة فيما بعـد ، ولا ينافي التصرف عموم قوله سبحانه « أوفوا بالعقود » ، وأما بنـاءً على كونه ارشاداً الى ترتيب آثار الملكية فواضح ، لأن الملكية لم تتحقق إما وجداناً او تعبداً .

(وعلى هذا التقريب) يجوز لكل من المتعاملين رفع اليد عن التزامه قبل تمامية

شرط حصول الملك ، كما في بيع الصرف قبل حصول القبض أو الهبة كذلك ، بناء على كونها عقداً متقومة بالقبول . وأما بناء على كون وجوب الوفاء بالعقد حكماً مولوياً فلأن موضوعه العقد ، وهو المبادلة بين مالكين ولا يكون العقد الفضولي كذلك الا بعد لحوق الاجازة المنتفي على الفرض .

(وعلى هذا التقريب) ليس لأحد المتبايعين في بيع الصرف أن يرفع اليد عن التزامه قبل القبض أيضاً ، لأن العقد والمبادلة بين المالكين قد تم وانما لم يحصل ماهو شرط حصول الملكية وهو القبض ، وهذا بخلاف المقام (نعم) اذا علم الأصيل بلحوق الاجازة فيما بعد لايجوز له التصرف فيما انتقل عنه على الكشف لأنه عالم بخروجه عن ملكه ، الا ان لازمه جواز تصرفه فيما انتقل اليه للعلم بدخوله في ملكه وبما ذكرناه ظهر الحال في الجهة الثالثة أيضاً ، فان تصرف الأصيل في الصورتين الأولين يكون نافذاً ، فاذا تحققت الاجازة استكشف بها فساد تصرفه .

(ثم لايخفى) انه لافرق فيما ذكرناه بين النكاح وبقية المعاملات ، فاذا زوجت المرأة نفسها لرجل فضولة لها أن تتزوج بشخص آخر مالم تتحقق الاجازة فاذا تحققت انكشف فساد العقد الثاني ، فما حكاه المصنف عن جملة من المحققين من لزوم ترتب آثار المصاهرة من طرف الأصيل قبل لحوق الأجازة ، فاذا تزوج احد بالرابعة لايجوز له النكاح على الخامسة قبل الاجازة ، ولا يجوز له النكاح على اختها أو أمها الى غير ذلك إن كان لخصوصية فى النكاح فلا يمكن المساعدة عليه وان كان من جهة الاختلاف في المبني فهو صحيح الأن المبني غير تام ـ كما عرفت.

(هذا) وربما يتمسك لنفي اعتبار استصحاب عدم لحوق الاجازة بما ورد في تزويج الصغيرين وموت احدهما من انه يعزل حصة الباقي منهما من الارث الى أن يكبر فيستحلف على الاجازة ، فان هذه الرواية وان لم تكن مما نحن فيه لعدم وقوع بيع فضولي على المال لا في حياة المورث ولا بعد موته ، الا أن الشك في

انتقال تمام المال الى الورثة الموجودين حال موت المورث ، وعدمه سبب عن الشك في لحوق الاجازة وعدمه ، فالشك سببي ومسببي ، فمن هذه الجهة يكون مورد الرواية مشتركاً مع مانحن فيه ، وقد ألغي الامام عليه السلام اعتبار هذا الاستصحاب .

(والجواب) عنه ظاهر ، فان سقوط الاستصحاب عن الاعتبار فى مورد خاص لمصلحة لايكون دليلاً على سقوطه في جميع الموارد ، كما ألغي الاستصحاب أيضاً فى مسألة ارث الحمل ، فانه ورد في الحديث عزل نصيب ذكرين ، مع ان الأصل عدم تولد الحمل فيما بعد لاحتمال عروض موت له أو لأمه ، والأصل عدم كون المولود ذكراً بناء على جريان الاستصحاب في الأعدام الأزلية .

(ثم ان المصنف) قدس سره تعرض لمسألة النذر على نحو الاجمال ، فنقول تبعاً له : ان الكلام فيه فى مقامين :

(الأول) فى الحكم التكليفي ، وتفصيله : أن النذر قد يكون منجزاً غير معلق على شيء ، وفي مثله لاينبغي الريب في عدم جواز تصرف الناذر فيما تعلق به النذر ، أما فى نذر النتيجة فواضح لخروجه عن ملكه بمجرد النذر ، وأما في نذر الفعل فلان جواز التصرف المنافي للنذر ينافي لوجوب الوفاء بالنذر ، وأما ان كان النذر معلقاً على شيء فتارة يكون الالتزام فعلياً وظرف متعلقه فيما بعد نظير الواجب المعلق ، واخرى لايكون الالتزام فعلياً بل يكون مشروطاً بتحقق أمر فى المستقبل كالواجب المشروط . وعلى التقديرين اذا علم الناذر بتحقق المعلق عليه في ظرفه لايجوز له التصرف المنافى للنذر ، أما لو كان الالتزام فعلياً فلكونه منافياً لوجب الوفاء به ، وأما في المشروط فلما ذكرناه في المعذرات المفوته من عدم جواز تفويت الملاك الملزم في ظرفه المعلوم .

وأما اذا علم بعدم تحقق ماعلق عليه النذر او احتمل ذلك واستصحب عدمه

فان كان من قصده الالتزام بابقاء العين أيضاً الى زمان يقطع فيه بعدم حصول المعلق عليه ، كما أن ابقاء العين بشرط ضمني في البيع الخياري المشروط برد مثل الثمن ، وقد التزموا فيه بذلك ، ولذا إذا أراد المشتري أن يبيع العين قبل انتهاء المدة يمنعه البائع عن ذلك ويقول له : لابد لك أن تصبر الى تمام المدة ولعلي آتيك بتمام الثمن وآخذ داري مثلاً ، فان كان النذر أيضاً التزاماً بابقاء العين ليس للناذر التصرف فيها بما ينافي ابقاؤه ، والا فيجوز له التصرف تكليفاً .

(وأما المقام الثاني) ـ أعني جواز تصرف الناذر في العين المنذورة وضعاً ـ ففي الموارد التي يجوز فيها التصرف تكليفاً ـ وهي ما اذا كان النذر معلقاً على امر غير معلوم التحقق بناء على عدم تعلق النذر بابقاء العين ـ فلا ينبغي الريب في جواز التصرف وضعاً ايضاً بمقتضى العمومات ، وانما الكلام في الموارد التي يحرم فيها التصرف وضعاً ، كما اذا كان النذر منجزاً أو معلقاً على امر مقطوع الحصول أو كان النذر متعلقاً بالابقاء ايضاً ، فنقول :

اذا كان النـــذر بنحو نذر النتيجة وكان منجزاً لايجوز التصرف في العين وضعاً لأنه تصرف في ملك الغير فلا ينفذ ، وأما اذا كان من قبيل نذر الفعل بحيث لم يكن في البين الا وجوب الوفاء تكليفاً فمقتضى عموم « أوفوا بالعقود » و « احل الله البيع » صحة التصرف وضعاً وان كان حراماً تكليفاً ، ولابد في المنـــع من اقامة دليل مخصص للعمومات ، وما توهم كونه مخصصاً لها وجهان :

(احدهما) ان ماتعلق به النذر ليس ملكاً طلقاً ، وانما هو متعلق حق المنذور له ويعتبر في المبيع أن يكون ملكاً طلقاً (وفيه) منع الصغرى والكبرى : أما الصغرى فلان العين المنذورة لاتصير متعلق حق المنذور له ولا الجهة المنـــذور لها ، ووجوب الوفاء بالنذر حكم لاحق للمنذور له ، ولذا لايكون قابلا للاسقاط . وهذا هو الفرق بين الحق والحكم على مابيناه فى أول بحث البيــع ، فالعين بعـــد النذر أيضاً يكون

ملكاً طلقاً للمالك . وأما الكبرى فنفرض تعلق حق الجهـــة او المنذور له بالعين ، الا انه ليس في البين اطلاق او عموم دال على اعتبار كون المبيع ملكاً طلقاً ، وانما هو كلام الفقهاء وهو مأخوذ مما ورد من المنع عن بيع ماتعلق به حق الغير في الموارد الخـــاصة كبيع الوقف والعين المرهونة وام الولد ، ولا يمكن التعدي عنها الى غير الموارد المنصوصة وتخصيص العمومات بلا موجب .

(ثانيهما) ماذكره الميرزا « ره » من أن الأمر بصرف العين في الجهة المنذور لها يقتضي المنع عن صرفها فيما ينافى صرفها في تلك الجهة ، ومن القضايا المشهورة أن الممنوع شرعاً كالممتنع عقلا ، وكان « قده » يعبر عنه في مجلس بحثه بأنها غير مقدور التسليم شرعاً ، واعتبار القدرة على التسليم في صحة البيع واضح (وفيه) ان المعتبر في البيع انما هو القدرة على التسليم خارجاً لاجواز التسليم تكليفاً ، ومن الظاهر أن البائع فيما نحن فيه قادر على تسليم المبيع تكويناً وانما يحرم ذلك عليه تكليفاً من باب التضاد ، ومنافاته مع ماهو مأمور به من صرف العين فى تلك الجهة المنذور لها العين ، وهذا النهي لايكون ارشاداً الى الفساد لعدم تعلقه بعنوان المعاملة .

ومن هنا قلنا فى بحث « ان الامر بالشيء يقتضي النهي عن ضده » ان النهي النـــاشيء عن التضاد اذا كان متعلقاً بالمعاملة لايدل على فسادها ، ومجرد الحرمة التكليفية لاينافي صحة المعامله وضعاً ، كما اذا حلف أن لايبيع الشيء المعين فباعة فان البيع صحيح وضعاً وان كان حراماً تكليفاً لكونه حنثاً موجبا للكفارة . (هذا) كله اذا كان التصرف منـــافياً لصرف العين فى الجهة الخاصة ، وأما اذا لم يكن منافياً لذلك ـ كما اذا كان الناذر متمكناً من العمل بنذره بعـــد بيع العين المنذورة أيضاً بشرائها من المشتري او استيهانها او بوجه آخر ـ فلا يكون تصرفه حراماً تكليفـــاً أيضا . هذا تمام الكلام في النذر .

قوله (قده) : ثم ان بعض المتأخرين - الخ . (١)

ماعده بعض المتأخرين من ثمرات

الكشف والنقل

(١) منهم الشيخ الكبير كاشف الغطاء(ره) ، فانه جعل من جملة ثمرات القول بالكشف والنقل ما اذا مات احد المالكين - ونفرضه الأصيل - قبل تحقق الاجازة وسقط بذلك عن قابلية التملك فانه على الكشف يكون البيع صحيحا ، لأن الاجازة تكشف عن حصول المبادلة في ظرف قابلية الأصيل للتملك ، ويبطل على النقل لسقوط المالك الأصيل عن قابلية التمليك والتملك فى زمان تحقق المبادلة وهو ظرف لحوق الاجازة .

(وأورد عليه) في الجواهر بما حاصله : ان البيع فاسد على القول بالكشف أيضاً ، لأنه يعتبر في صحة عقد الفضولي بقاء المالك على قابلية التملك من حين العقد الى زمان لحوق الاجازة لتكشف الاجازة عن الملكية المستمرة من حين العقد الى زمان الاجازة على ماهو ظاهر الأدلة .

وأورد عليه المصنف بالنقض والحل (أما النقض) فيما اذا وقعت بيوع متعددة على مال المجيز فانهم صرحوا بصحة جميع البيوع باجازة البيع الفضولي ، مع انه على الكشف ليس مالكاً حين الاجازة لخروجه عن ملكه بالبيوع المتأخرة (وأما الحل) فادعى ظهور بعض الأخبار وصريح الآخر في عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الاجازة . والظاهر أن نظره من الأخبار الى ماورد في الاتجار بمال اليتيم وان الربح والخسارة على المتجر ، وماورد في المضاربة فيما اذا خالف العامل لعقد المضاربة من ان النفع يكون للمالك والخسارة على العامل ، فان اطلاقهما يقتضي

عدم الفرق بين بقاء اليتيم أو المالك الى زمان ظهور الربح وموته ، وأن مراده من الخبر الصريح ماورد فى العبد المأذون وان العبد يرد رقاً لمن اقام البينة على انه اشترى بماله، فان الورثة اذا أقاموا البينة على ذلك يرد العبد رقاً لهم مع أن الأصيل قدمات على الفرض - فتأمل .

ونقول : لايتم شيء مما ذكره من النقض والحل : (أما الحل) فلما ذكرنا فيما سبق من أن هذه الأخبار أجنبية عن الفضولي رأساً ، وقد ذكرها المصنف بعنوان التأييد (وأما النقض) فصدوره منه غريب ، لأن محل الكلام سقوط المالك عن قابلية التملك قبل الاجازة فى نفسة بالموت ، وفى مورد النقض انما يسقط المالك عن القابلية بنفس الاجازة ، ففي الحقيقة يتلقى المشتري الملك من المجيز ويتلقى المشتري الثاني الملك من المشتري الأول وهكذا ، وهذا مما لا اشكال فى صحته .

(فالذي ينبغي أن يقال) ان البيع صحيح في فرض موت المالك على الكشف والنقل ، لأنه ان قلنا بأن البيع الفضولي على خلاف القاعدة وانما ثبت صحته بدليل خاص كرواية محمد بن قيس وحكاية عروة امكن القول بفساد البيع بموت احد المالكين قبل الاجازة ، من غير فرق بين الكشف والنقل ، فان صريح رواية محمد ابن قيس بقاء المالكين حياً ، كما ان المفروض في حكاية عروة حياة النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، ويبعد احتمال موت بائع الشاة في تلك المدة القصيرة (وعلى اي حال) لابد من الاقتصار فيهما على القدر المتيقن ، فيصح حينئذ دعوى الجواهر من ظهور الأدلة في بقاء المالكين وكشف الاجازة عن الملكية المستمرة الى زمان الاجازة . هذا على الكشف وأما على النقل فالأمر واضح .

(وأما بناءً) على ما بيناه من صحة العقد الفضولي على القاعدة وان « أوفوا بالعقود » وغيره يعم العقد الفضولي بعد استناده الى المالكين ، فلا ينبغي الاشكال فى صحة بيع الفضولي . ولو سقط المالك عن قابلية التملك بالموت أما على الكشف

فلأن الاجازة تكشف عن تمامية العقد واستناده الى المالك من حين حدوثه ، وأما على النقل فلان المبادلة الواقعة على المالين لاتسقط عن الاعتبار ، بل غايته أن تكون المبادلة واقعة على مال ورثة الميت بقاءً ، فتكون عقداً فضولياً من جهتهم ، فتصح بالإجازة .

(وقد عرفت) اجمالاً وستعرف مفصلاً انه لايعتبر في المجيز أن يكون مالكاً للعين من حين تحقق العقد (نعم) بناء على اعتباره اشكل الأمر في صحة هذا البيع ، وكذا في فرض سقوط احد المالين عن قابلية الملكية على الكشف والنقل ، لعدم كون ورثة الميت ملاكاً للعين حين العقد . هذا كله في موت الأصيل .

وظهر مما ذكرناه الحال فى فرض موت المالك الآخر الذي وقع البيع على ماله فضولة وفيما اذا كان البيع فضولياً من الطرفين وان البيع لايفسد بالموت فى شيء منها .

ومن جملة الثمرات

التي جعلها الشيخ الكبير ثمرة للقول بالكشف والنقل ما اذا ارتد المتبايعين ، وظاهر كلامه « قده » التفصيل في ظهور الثمرة بين المرتد الفطري والملي ، وانه جعل مورد ظهور الثمرة فى المرتد الملي خصوص ما اذا كان ما انتقل اليه مصحفاً او عبداً مسلما بخلافه المرتد الفطري فجعله فيه مورد ظهور الثمرة مطلقا ، من غير فرق بين كون ما انتقل اليه مصحفاً او عبداً مسلما او شيء آخر ، وانه على الكشف يصح البيع ، لأن انتقال المبيع اليه كان قبل ارتداده غايته يجبر على البيع في المصحف والعبد المسلم ، ولا يصح على النقل لكونه مرتداً في زمان الانتقال ، والمرتد الفطري لايملك اصلاً والملي لايملك المصحف والعبد المسلم .

(هذا) ونقول : التفصيل مبني على القول بأن المرتد الفطري لايملك شيئاً رأساً حتى مايحصله بعدالارتداد بحيازة ونحوها ، ولا دليل عليه بل ظاهر الأدلة أن ما يملكه حين ارتداده ينتقل الى ورثته ، وعليه فالتفصيل لاوجه له ـ فتأمل . بل لابد من فرض مورد ظهور الثمرة فيما اذا كان المنقول الى المرتد مصحفاً او عبداً مسلما في المرتد الملي والفطري .

(ثم) ان ماذكره الشيخ الكبير يجري في فرض الارتداد كما يجري ماذكره فى الجواهر و كذا ما ذكره المصنف (والتحقيق) انه على الكشف يكون البيع صحيحا على ماعرفت ، فيجبر المرتد على بيع المصحف والعبد المسلم ، وأما على النقل فان قلنا بأن الكافر لايملك المصحف ولا العبد المسلم اصلا فيفسد البيع والا فيصح أيضاً ، غايته يجبر على البيع كما عرفت .

(والحاصل) انه في فرض موت احد المالكين قبل لحوق الاجازة يصح البيع على الكشف والنقل ، غايته على النقل يكون البيع فضولياً من طرف الأصيل ايضاً اذا كان هوالميت ، لكونه واقعاً على مال الورثة بقاءً بدون اذنهم ، فيتوقف نفوذه على اجازتهم . فما جعله الشيخ الكبير ثمرة من صحة البيع علىالكشف وفساده على النقل غير تام .

(وأما فرض الارتداد) مع كون ما انتقل اليه عبداً مسلما أو مصحفاً فقد عرفت ظهور الثمرة فيها ، فيصح البيع على الكشف لكون ما انتقل اليه المصحف أو العبد المسلم مسلما حين تحقق الانتقال ، ويفسد على النقل لكونه كافراً حين تحقق النقل والانتقال ، ولابد في مورد ظهور الثمرة خصوص المرتد الفطري من فرض الثمن كلياً ، وأما اذا كان شخصياً فلا يبطل البيع على النقل أيضاً ، بل يكون البيع بقاء واقعاً على مال الورثة كما في الموت ، فيكون فضولياً متوقفاً على اجازتهم ، وهذا بخلاف ما اذا كان الثمن كلياً فانه يبطل البيع على النقل لعدم قابلية المرتد

لانتقال المصحف أو العبد المسلم اليه . نعم لايعتبر ذلك في الملي كما هو ظاهر .

(ومن) جملة موارد ظهور الثمرة : ماإذا تخلل سقوط احد المالين عن الملكية فيما بين العقد والاجازة بتلف أو ماهو بحكم التلف كانقلاب الخل خمراً ، فان البيع حينئذ صحيح على الكشف وفاسد على النقل ، لأن البيع لايقع على المعدوم . وتفصيل الكلام فى ذلك يقع في موردين : احدهما ظهور الثمرة فيه وعدمه ، ثانيهما فى جريان كلام الجواهر من دعوى اعتبار استمرار بقاء الملكية الى زمان الاجازة حتى على الكشف وعدمه :

(أما المورد الأول) فربما اورد على الشيخ الكبير - ومن الموردين الميرزا « قده » - بأن تلف المال في بيع الفضولي يكون قبل القبض وهو من مال بائعه كما في النص ، وليس المراد به ثبوت ضمانه على البائع بل المراد به انفساخ البيع قهراً بتلف احد العوضين قبل القبض ، فيفسد به البيع على الكشف والنقل (وفيه) انه يمكن توجيه كون التلف بعد القبض من وجهين :

(احدهما) ان يفرض كون المـــال تحت يد من انتقل اليه قبل العقد باذن المالك من جهة اجازة أو أمانة اوغير ذلك فباعه اياه احدفضولة فتلف قبل الاجازة فيكون التلف بعد القبض باذن المالك وان لم يكن بعنوان انه مالك ، اذ لايعتبر فى القبض ذلك ، فلا يعمه « كل مبيع تلف قبل القبض » - الحديث .

(ثانيهما) ان يفرض البائع الفضولي مأذوناً من المالك فى اقباض أمواله الى أي شخص اراد وان لميكن مأذوناً في البيع فباع واقبض ثم تلف قبل اجازة المالك فانه أيضاً يكون بعد القبض الصحيح المستند الى المالك ، فاذاً يمكن في الفضولي فرض تلف احد العينين بعد القبض الصحيح ، فتظهر فيه الثمرة على ماتقدم .

(ثم) ان المصنف جعل من جملة امثلة هذا الفرض - أعني سقوط احد المالين عن الملكية - ماإذا تنجس المبيع المائع (وفيه) مالا يخفي ، فان تنجسه غير موجب

لزوال ملكيته بل هو بعد التنجس مملوك ولمالكه التصرف فيه بما لايعتبر فيه الطهارة من الطلي والاستصباح ونحو ذلك ، غايته لايجوز بيعه على كلام تقدم في المكاسب المحرمة ، فعليه كان الأولى أن يجعله المصنف مثالاً لما اذا فقد بعض شرائط صحة البيع قبل لحوق الاجازة ، وأما المثال لما نحن فيه كما ذكرنا ما اذا انقلب الخل خمراً قبل الاجازة . هذا كله في المورد الأول .

(وأما المورد الثاني) ـ وهو التعرض لماذكره صاحب الجواهر ـ فقد عرفت ما اوردناه عليه من انه تام بناءً على كون صحة العقد الفضولي على خلاف القاعدة بالنص الخاص ، وأما على المختار من شمول العمومات له فمقتضى اطلاقها عدم اعتبار شيء من ذلك . وأما المصنف فقد أورد عليه بوجوه :

(احدها) ان عدم اعتبار ذلك مما هو صريح بعض الأخبار وظاهر البعض الآخر ، ونقول : اما الأخبار الظاهرة فلعله اراد بها ماورد في الاتجار بمال اليتيم وفي المضاربة على خلاف مقتضى عقدها من ان الربح لليتيم أو المالك والخسارة على العامل ، فان الامام لم يستفصل فيها بين ما اذا كان طرف المعاملات الواقعة على مال اليتيم او غيره حياً أو ميتاً ، فهي مطلقة (وفيه) ان هذه الأخبار اجنبية عن بيع الفضولي . وأما الخبر الصريح فلم نعرفه ، وان كان نظره الى رواية ابن اشيم حيث فرض فيها موت الدافع (ففيه) ان الدافع وكل العبد المأذون فى الشراء فلم يكن فضولياً .

(ثانيها) ماتمسك به على عدم اعتبار ذلك من الخبر الوارد في تزويج الصغيرين بدعوى ان الزوجين في النكاح ركن كالعوضين فى البيع ، فكما لايخل تلف احد الزوجين بصحة النكاح لايضر تلف احد المالين بصحة البيع (وهو غريب منه) أما اولاً ـ فلان لازم ذلك صحة البيع ولو كان التلف قبل القبض ، لعدم تحقق قبض واقباض في مورد خبر الزوجين ، بل لامعني فيهما للقبض (وثانياً) نفرض ان

العوضين في البيع بمنزلة الزوجين في النكاح ، الا ان التعدي عن النكاح الى البيع لماذا ؟ مع انه ليس في الخبر عموم علة ، ظاهر المصنف انه بالفحوى والأولوية ومن الواضح عدم ثبوت اولوية في مورد الخبر ، وذلك لأنا وان سلمنا اولوية بيع الفضولي بالصحة من النكاح الفضولي الا ان ذلك انما هو في النكاح المستلزم للوطي ويكون منه الولد ، فلا محالة يكون اهم من البيع ، وأما النكاح فى مورد الخبر الذي فرض فيه موت احد الزوجين فلا يترتب عليه وطى ولا ولد سوى انتقال المال بالأرث الذي هو ثابت فى البيع أيضاً ، فالأولوية غير ثابتة فيه ، فالتعدي لابد وأن يكون بالقياس ولا نقول به ، فلابد من الاقتصار على مورد الخبر .

(ثالثها) التمسك بحكاية عروة حيث لم يستفصل النبي صلى الله عليه وآله وسلم ولم يسأل عن حياة الشاة وموته ولا عن ذبحه ، فظهر منه عدم اعتبار بقاء العوضين (وفيه) أما الموت فالمطمئن به عدم تحققه فى تلك المدة القصيرة ، وعلى فرض عدمه فالاستصحاب جارٍ ، وأما الذبح فهو أيضاً كذلك ، مضافاً الى انه لايسقط الشاة عن الملكية ولا عن المالية .

(وبالجملة) قد عرفت ان البيع الواقع على الثمن الشخصي فضولة لايفسد بموت المالكين على القولين ، بل اذا كان المالك الميت هو الأصيل يكون البيع بقاءً واقعاً على مال وارثه على النقل فيتوقف على اجازته ، وأما الفساد فلا . (وسره) ان المالك ليس ركناً في البيع وإنما الركن فيه هو العوضان . واما اذا طرأ ارتداد احد المالكين ففيما إذا وقع البيع على الثمن الشخصي تظهر الثمرة بين القولين في خصوص المرتد الملي فى انتقال المصحف او العبد المسلم اليه ، فان البيع على الكشف صحيح وعلى النقل فاسد ، لعدم قابليته لانتقال العبد أو المصحف اليه (وأما الارتداد الفطري) فحاله حال الموت ، فلا يفسد به البيع الواقع على الثمن الشخصي بل يكون البيع بعد الارتداد واقعاً على مال وارثه ، فيصح باجازته لانتقاله اليه بالارتداد

قوله (قده) : وكذا لو قارن العقد فقد الشرط - الخ .(١)

الفطري فهو موت شرعاً .

(وأما في الثمن الكلي) فتظهر الثمرة بين الكشف والنقل في الموت ، اذ على الكشف يصح البيع ويكون الثمن الثابت في ذمة الميت كبقية ديونه فيخرج من اصل تركته وعوضه ينتقل الى وراثه ، وأما على النقل فيفسد لعدم وقوع البيع على الثمن الشخصي ليقع للورثة وعدم كون الميت قابلاً لأن ينتقل اليه المال . وهكذا تظهر الثمرة في الثمن الكلي في الارتداد الفطري ، فانه على الكشف يصح البيع فاما أن يخرج الثمن من أمواله وينتقل الباقي الى ورثته كما في الموت ، واما أن يجبر المرتد نفسه على الأداء بأن يكتسب ويحصل المال ويؤد دينه بناءً على القول بأنه يملك ما يحصله بعد ارتداده . وعلى النقل يفسد البيع لعدم قابليته لانتقال المصحف والعبد المسلم اليه ، أو لعدم كونه قابلا لتملك المــال رأساً على القول به ، فلا فرق بين الموت والارتداد الفطري في الموردين - أي الثمن الشخصي والكلي الذمي - .

(نعم) بينهما فرق فيما اذا كان الثمن فعلا ، فانه في فرض الموت يفسد البيع لأنه من قبيل تلف الثمن قبل القبض ، فيدخل تحت قاعدة « كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بائعه » . وأما في فرض الارتداد يصح البيع ويجبر المرتد على العمل فيما اذا أمكن ذلك وينتقل عوضه الى وارثه . (نعم) قد يكون العمل مما لايقدر عليه المرتد كالنيابة في العبادات فيبطل . هذا كله في تفصيل ماتقدم - اي فيما اذا كان العقد واجداً للشرائط وتخلل فقدانه لهاقبل لحوق الاجازة - بقي الكلام في العكس .

(١) ظاهر المصنف في هذا الفرض هوبطلان البيع مطلقا وان ذكر بعد ذلك أن باب المناقشة وان كان واسعاً الا أن الأرجح ماذكرناه ، ولكن الصحيح هو التفصيل بين الشروط ، فما كان منها معتبراً في العقد حدوثاً كشرائط المتعاقدين

ـ من البلوغ والعقد ـ يكون فقدانه موجباً للفساد ، فاذا كان العاقد صبياً او مجنوناً حين العقد فبلغ او أفاق قبل الاجازة فسد البيع لامحالة ، لأن المحقق كان فاقداً للشرط وبعد تحقق الشرط لم يتحقق عقد آخر ، وهكذا الغرر المعتبر عدمه فى العقد فاذا فرضنا كون البيع حين حــدوثه غرريا ثم ارتفع قبل الاجازة لايوجب زواله صحة ما وقع فاسداً .

وأما الشروط الأخر مما يعتبر في العوضين فهي على قسمين . فان كان الشرط الفاقد هي المــالية العرفية كما اذا كان المبيع هي الثمرة قبل بدو صلاحها ثم بدا صلاحها فيمابينه وبين الاجازة ، أو المالية الشرعية كما اذا كان المبيع خمراً فصار خلا قبل الاجازة بحيث كان ما وقع عليه البيع مبايناً عرفا او شرعا مع ما ورد عليه الاجازة فلا اشكال في الفساد أيضا ، لأن ماوقع البيع عليه غير قابل للمبادلة وما هو قابل لها لم يقع عليه البيع .

وأما اذا لم يكن التبدل في المالية بل كان التبدل في صفة أو مانع ـ بأن كان هناك مانع عن الصحة فارتفع ـ او لم يكن المبيع او الثمن واجداً لصفة معتبرة في صحة البيع فوجد تلك الصفة ، كما اذا فرضنا ان المبيع كان مائعا متنجسا ـ بناء على مانعية نجاسته عن البيع فطهر بالاتصال بجار أو مطر أو كان المبيع وقفا ولم يكن مجوز لبيعه فوجد أو كان امولد فمات ولدها الى غير ذلك ممالايوجب تباين الأمرين ـ فالظاهر هو الصحة ، لأن البيع واقع على العين الموجودة ، والمفروض وجدانها لشرط الصحة حينما يستند البيع الى المالك ويعمه عموم « أوفوا بالعقود » فلا مانع من صحته على القول بالنقل .

(وأوضح) من هذا ما اذا كان الفاقد شرطا للمالكين ـ كاسلام من يشتري المصحف او العبد المسلم ـ فاذا كان المشتري لهما حين الشراء كافراً ثم اسلم حين الاجازة لم نر مانعا من الصحة على النقل ، بل لايبعد الصحة في الفرضين حتى على

قوله (قده) : وربما يقال بظهور الثمرة ـ الخ . (١)

الكشف ، فان معنى الكشف ليس حصول المبادلة من حين حدوث البيع ، بل حصولها قبل الاجازة في الزمان الذي يمكن تحققها فيه على مايأتي تفصيله ، وهو مختار المصنف أيضا ، فلا مانع من الالتزام بصحة البيع فى الصورتين من حين تحقق شرط الصحة وكشف الاجازة عنها .

ظهور الثمرة في الاحكام

(١) قيل ظهورها في الاحكام المتعلقة بملك البائع أو المشتري بنذر أو يمين او التزام في ضمن عقد لازم أو غير ذلك (ونقول) ان كان الحكم المترتب على ملك البائع أو المشتري موضوعه مجرد الملك ولم يؤخذ فيه امر اخر ـ كما اذا نذر المشتري أن يتصدق بكل ما يملكه في هذا الشهر فاشترى شيئا من الفضولي واجازه المالك فى شهر اخر ـ فلا محالة يظهر فيه الثمرة على القولين ، اذ على الكشف يجب عليه التصدق بما اشتراه وعلى النقل لايجب ذلك ، وأما ان كان موضوعه التملك مع جواز التصرف فيه شرعا ـ كما في الزكاة فيما اذا اشترى احدمالا زكويا من فضولي واجازه المالك بعد حول مثلا ـ فلا يظهر فيه ثمرة بين القولين من ناحية المشتري ، فانه لايجب عليه الزكاة : أما على النقل فواضح ، وأما على الكشف فلانه وان كان مالكا للمال من أول الحول الا انه كان ممنوعا من التصرف فيه شرعا بمقتضى الاستصحاب .

(نعم) تظهر الثمرة بالاضافة الى البائع ، فانه على الكشف لايجب عليه اخراج الزكاة كما لم يجب على المشتري أيضا ، لانه لم يكن مالكا على الكشف وعلى النقل يجب عليه الاخراج لانه كان مالكا يجوز له التصرف شرعا وكان

المال تحت يده خارجا فيجب عليه اخراج زكاته .

ظهور الثمرة في الخيارات

(وقيل) ايضا بظهور الثمرة في الخيارات ، ونقول : اما خيار الحيوان فتظهر فيه الثمرة بلا اشكال ، فان قوله عليه السلام « صاحب الحيوان المشترى » بالكسر او الفتح ، المراد من الصاحب فيه هو المالك ، وعلى الكشف يكون المشتري من الفضولي مالكا من حين العقد ، فيكون مبدأ خياره من ذاك الزمان ، وعلى النقل لايكون مالكاً للحيوان الا بعد الاجازه ، فيكون منه مبدأ خياره .

(وأما خيار الغبن والعيب) فالظاهر عدم ظهور الثمرة فيها بين القولين . وليعلم أن من له خيار العيب في المقام ليس له المطالبة بالأرش من الطرف ، لأنه غير ملتزم بشيء قبل الاجازة ، فكيف يطالب بدفع الأرش مع عدم التزامه بالعقد بعد ، وانما يكون مخيراً بين امرين من فسخ البيع وامضائه . وتظهر الثمرة بين الفسخ والرد في النماآت فان الفسخ رفع والرد دفع ، ففي فرض الفسخ يكون نماء المبيع الى زمان الفسخ للمشتري ونماء الثمن للبائع ، وهذا بخلاف فرض الرد كما هو ظاهر .

(وأما خيار المجلس) فالظاهر أن الميزان فيه بمجلس الاجازة لعدم صدق البيع على كل من المتعاقدين الا بعد لحوقها حتى على الكشف وثبوت الملكية من زمان حدوث العقد ، ولا ينافي ذلك عدم صدق عنوان البيع الا بعد لحوق الاجازة فانه نظير ما اذا انشأ الملكية السابقة بالبيع في غير الفضولي بناء على صحته ، فان المنشأ حينئذ يكون هي الملكية السابقة ولا يصدق عنوان البيع والشراء الا من حين تحقق البيع . وأما ماذكره الميرزا من عدم تحقق خيار المجلس في البيع الفضولي فلم نفهم له وجهاً .

قوله (قده) : في العقود المترتبة (١)

قوله (قده) : وينبغي التنبيه على أمور : الأول (٢)

(وأما خيار الشفعة) الثابت لكل من الشريكين اذا باع الآخر حصته فتظهر فيه الثمرة بين القولين فيما اذا فرضنا شركة أخوين مثلا فى دار فباع فضول حصة احدهما لشخص ثم باع الأخ الآخر بنفسه حصته من شخص آخر قبل اجازة اخيه للبيع الواقع على حصته ثم أجاز ، فعلى الكشف يكون خيار الشفعة للمشتري من الفضولي على المشتري من الأصيل ، لأنه كان حين شرائه شريكاً مع البائع ، وعلى النقل ينعكس الأمر .

(١) سيأتي البحث عنها وان الاجازة قدتتعلق بالعقد الأول وأخرى بالوسط والثالثة بالأخير ، وحكم كل من ذلك على الكشف والنقل .

تنبيهات المسألة

(٢) من التنبيهات التي أفادها في المقام أن النزاع في كون الاجازة ناقلة أو كاشفة ليس فى معناها اللغوي او الانصرافي ، وانما هو فى الحكم الشرعي المترتب عليها بملاحظة الأدلة ، ثم ذكر أن المجيز لو قصد بالاجازة خلاف ما افتى به الفقيه من الحكم الشرعي المترتب عليها من الكشف أو النقل ، ففي صحتها وجهان .

(ونقول) الصحيح هو التفصيل ، فانه لو قلنا بالكشف وقصد المجيز الملكية من حين الاجازة فلابد من البطلان ، وذلك لأن عمدة الدليل على الكشف ماذكرناه من أن البيع الفضولي عقد واجد لجميع الشرائط سوى رضا المالك ، فاذا لحقه الرضا يكون مشمولاً للعمومات من حين صدورة . ومن الظاهر أن المنشأ به انما هي الملكية المطلقة ، اذ التقييد مفروض العدم والاهمال غير معقول ، فاذا فرضنا أن

قوله (قده) : الثاني انه يشترط في الاجازة (١)

الإجازة لم تتعلق بها بل تعلقت بالملكية من حينها ، فما تحقق ـ وهو العقد ـ لم يلحقه الرضا وماتعلق به الرضا لم يكن منشأ اصلا ليعمه العمومات فيفسد لامحالة . ويتضح هذا بتصويره في الاجازة الفضولية فيما اذا اجازها المالك من وسط المدة .

(وبالجملة) كان عمدة الدليل على صحة الفضولي على الكشف هو شمول العمومات للبيع الفضولي المتعقب بالاجازة ورضا المالك الموجب لاستناده اليه ، فاذا فرضنا ان المنشأ بالبيع هي الملكية المطلقة والاجازة تعلقت بالملكية من حينها فلامحالة لايكون عقدالفضولي ملحوقاً باجازة المالك فيفسد ، وهذابخلاف العكس اي اذا قلنا بالنقل وتعلقت الاجازة بالملكية من حين صدور العقد ، فان زمان تحقق الملكية المنشأة بالعقد على الفرض يكون مقارناً بزمان الاجازة ،فتعلق الاجازة بالملكية قبل ذلك يكون لغواً ولا يوجب الفساد ـ فتأمل . كما اذا قصد القابل في غير الفضولي الملكية من حين الايجاب .

(١) استدل على اعتبار اللفظ فى الاجازة بوجهين : (الأول) ان الاجازة تكون كالبيع في كونها موجبة للزوم . وقد أورد عليه المصنف بأنه يشبه المصادرة (الثاني) أن ماثبت بالاستقراءفي النواقل الاختيارية اللازمة هو اعتبار اللفظ ، والنقل الحقيقي فى باب الفضولي لايكون الا بالاجازة ولابد فيها من اللفظ . (وفيه) انه على فرض تسليم ذلك وان المعاطاة لاتفيد اللزوم لاتقاس الاجازة التي هي من شرائط صحة العقد بنفس العقد الذي به تنشأ الملكية ، فاعتبار شيء فيه لايستلزم اعتباره فيها مع تحقق العقد باللفظ سابقاً تام الأجزاء والشرائط غير فاقد الاستناد الى المالك .

(ومن هنا يظهر) انه لو اعتبرنا فى العقد اللفظ الصريح لايوجب ذلك اعتبار الصراحة فى الاجازة فالصحيح كفاية كل مبرز عرفى فى تحقق الإجازة ، سواء كان

لفظاً صريحاً او كناية أو فعلا ، من رفع الرأس او وضعه أو اكل الخبز المشترى فضولة أو نحو ذلك .

(ثم ان) ماله الموضوعية فى باب الاجازة هل هو الرضا المجرد المعبر عنه بطيب النفس ولو استكشف من غير طريقة أو لابد فيه من مبرز ؟ ظاهر المصنف هو الأول ، وقد استدل عليه بروايات وبكلمات العلماء :

(من الروايات) ماورد فيأن سكوت البكر رضا منها بالنكاح « وفيه » ان السكوت منها مبرز عرفى للرضا والا فلم يكن في الانكار والرد مايوجب الخجل .

(ومنها) ماورد فيمن زوجت نفسها في حال السكر من انها اذا قامت معه بعدما افاقت فذلك رضا منها « وفيه » مضافاً الى ماذكر انه اجنبي عن الفضولي الذي هو محل الكلام ، اذ استناد العقد في مورده الى من يعتبر استنادة الية تام غاية الأمر اعتبر رضاه لصدوره فى غير حال الشعور .

(ومنها) ماورد في سكوت المولى في نكاح العبد وانه لم يعص الله وانما عصى سيده ومعصيته يرتفع بالرضا «وفيه» مضافاً الى ماعرفت من كون السكوت مبرزا عرفياً انه اجنبي عن الفضولي كما عرفت .

(ومنها) ماورد فيمن له خيار الحيوان من قوله « ارأيت أن لامس او قبل فذلك رضا منه » فحمل الرضا علىالفعل المسقط للخيار « وفيه » ـ مضافاً الى كون ذلك مبرزاً فعليا ولذا حمل الرضا على الفعل وفي الظاهر انه مباين معه فالمعنى ان ذلك الفعل رضا عملي منه ، ايمبرز للرضا النفساني منه ـ أن سقوط الخيار لاربط له بالاجازة .

(وأما) ماتمسك به من كلمات العلماء فمنها ماذكروه فيعدم كفاية السكوت في الاجازة من انه اعم من الرضا ، فيظهر من ذلك أن المعتبر عندهم هو الرضا (وفيه) أن السكوت ليس اعم من الرضا بل هما متباينان ، لأن الرضا صفة فى

قوله (قده) : الثالث من شروط الاجازة أن لايسبقها الرد(١)

النفس والسكوت فعل ، فرادهم من الأعمية الأعمية من حيث الكاشفية ، فان الأعم - كما ذكر في المنطق - لايدل على الأخص ، فهذا يؤيد ماذكرناه من اعتبار المبرز في الاجازة وان السكوت لايكفي لعدم كونه مبرزاً عرفياً عنه لكونه اعم منه في مقام الكاشفية .

(ومنها) ماذكروه من أن الموكل اذا انكر ما اوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت لأن الحلف يدل على كراهتها ، فيظهر أن الميزان عندهم في الفسخ هو الكراهة (وفيه) انه تارة يفرض ذلك في العقد الخياري - اي في مورد ثبت فيه الخيار للموكل كما حمله عليه الميرزا - واخرى في غيره ، أما على الأول فنفس التبري من العقد يكون فسخاً ، وأما على الثاني فاذا لم يثبت التوكيل لامحالة يكون العقد فضولياً ويكون التبري عنه رداً فعلياً .

(ثم) على فرض التنزل ليس قول العلماء وفتاواهم حجة على غيرهم ، فالصحيح اعتبار المبرز في الاجازة ، غايته كل مبرز عرفي وهو الذي اعتبرناه في الاذن السابق ايضاً (وتظهر الثمرة) فيما اذا رضي المالك بالبيع ثم اراد الرد فان قلنا بأن مجرد الرضا اجازة ليس له الرد بعد ذلك لأنه رد بعد الاجازة والا فيجوز رده .

(١) استدل عليه بأمور :

(الأول) الاجماع . ويرده : أولا - ان تحقق الاجماع فى مسألة اول من تعرض لها الشهيد - قدس سره - وليس في كلام من سبقه منها عين ولا اثر مشكل جداً . وثانياً - على فرض تحققه ليس اجماعاً تعبدياً كاشفاً عن رأي المعصوم ووصوله الينا يداً بيد كما هو ظاهر .

(الثاني) ان العقد انما هو بمعنى الربط بين طرفيه - أعني الالتزامين - فلابد

من بقاء كل من الالتزامين حين تحقق الالتزام الآخر ليحصل الارتباط بينهما ، فاذا فرضنا ان الموجب مثلا رفع اليد عن التزامه حين تحقق القبول لم يحصل العقد وفي المقام يكون المجيز احد طرفي العقد ، فاذا رفع اليد عن التزامه برد العقد الفضولي يسقط ماتحقق من العقد الفضولي عن قابلية الارتباط (وفيه) ان محل الكلام ليس رد الأصيل ورجوعه عن التزامه لينفسخ به العقد وانما الكلام في رجوع المالك المجيز ، والمفروض تحقق العقد سابقاً بين الفضول والأصيل وبقاؤه ، غايته لم يكن العقد من طرف الفضول مستنداً الى المالك ويحصل الاستناد بالاجازة ولو بعد الرد .

وبعبارة اخرى : (أولا) لانسلم ذلك في المقيس عليه ، فاذا فرضنا ان القابل رد الايجاب ولم يرض به ثم قبل لانرى به بأساً ولم يدل دليل على مانعيته (وثانياً) على فرض تسليمه فى المقيس عليه لانسلمه في المقام ، لأن المفروض فيه تمامية العقد ولم يبق الا الاستناد الى المالك برضاه ، فكما لانضر بالصحة كراهته النفسيّة لايضر به اظهار عدم القبول أيضاً .

(الثالث) انه بعد تحقق العقد الفضولي يوجد فى المال شأنية المبادلة وقابلية النقل والانتقال نظير الوجود الهيولائي ، فانه لم يكن قبل العقد قابلاً لذلك وبعد تحققه صار قابلا ، وهذا حق مالكي فللمالك أن يعدمه بالرد كما له ان يجعلها فعلية بالاجازة بمقتضى عموم « الناس مسلطون على اموالهم » .

(وفيه) منع الصغرى والكبرى : أما الصغرى فممنوعة نقضاً وحلا ، أما نقضاً فلان مايوجد بالعقد الفضولي إن كان حقاً مالكياً فكان عدم ثبوته رأساً عند كراهة المالك أولى من القول بثبوته وتسلط المالك على اعدامه . وأما حلا فلان مايوجد بالعقد الفضولي ليس الا بعض اجزاء موضوع حكم الشارع بالمبادلة نظير الايجاب الذي هو أحد جزئي العقد الذي هو الموضوع للمبادلة شرعاً ، فكما لايوجد بالايجاب حق مالكي فى المال كذلك بالعقد الفضولي وانما يوجد بهما جزء الموضوع

(وأما الكبرى) فلما ذكرناه سابقاً من أن النبوي مع ضعف سنده ليس مشرعاً وانما مفاده نفي حجر الانسان عن التصرف في ماله كما في الصبي والمجنون ، ولذا لم يتمسك به أحد على جواز التصرفات التي يشك فيها .

(وبالجملة) الاستدلال على مانعية الرد عن الاجازة بأنه بالعقد الفضولي يثبت حق للطرف في مال المالك ، ويعبر عنه بالقابلية وشأنية الانتقال اليه بالاجازة وللمالك اسقاطه بمقتضى عموم سلطنة الناس على اموالهم .

(يرد عليه اولا) أن النبوي مع الاغماض عن ضعف سنده ليس مشرعاً (وثانياً) لو بنينا على مشرعيته وامكان التمسك بعمومه لجواز التصرف في المال مطلقا الا انه لايثبت بالعقد الفضولي الا جزء موضوع حكم الشارع بالملكية لا انه يوجد بالعقد شيء في مال المالك يعبر عنه بالقابلية ليكون مقتضى سلطنة الناس على اموالهم جواز اسقاطه ، والا لكان عـــدم تحققه بدون رضاه هو المتيقن فلابد من القول ببطلان الفضولي (نعم) له أن يتم ماوقع باسناده الى نفسه بالاجازة كما له أن لايفعل ذلك ، فلا يقاس الرد بالفسخ في باب الخيار فانه حق ثابت لمن له الخيار يتمكن به من حل المبادلة الواقعة كما له امضاءه باسقاط حقه .

(فتحصل) انه لادليل على اعتبار عدم سبق الرد في نفوذ الاجازة . ويؤكد ماذكرناه رواية الوليدة ، فانا ـ وان ذكرنا أن اخذ الولد يمكن أن لايكون رداً ـ الا انه مع ذلك لايخلو عن الاشعار في الرد .

وأما ماذكره الميرزا « ره » من قياس الاجازة بعد الرد بالرد بعد الاجازة فقياس مع الفارق ، لأن المال بعد الاجازة مستقر في ملك الطرف ويخرج عن ملك المجيز ، فالرد يكون تصرفاً في مال الغير فلا ينفذ ، وهذا بخلاف الاجازة بعد الرد فانه تصرف في ماله كما هو واضح ، فعدم نفوذ الثاني لايستلزم عدم نفوذ الأول ـ اعني مانحن فيه ـ .

بقي الكلام في أمرين

(احدهما) انه لوثبت للنبوي عموم وقعت المعارضة فيه من حيث شموله لكل من الرد والاجازة ، فانه كما يقتضي حينئذ نفوذ اجازته بعد الرد كذلك يقتضي نفوذ رده السابق ، ولايمكن نفوذ كليهما كما هو ظاهر ، فلا محالة يصير مجملا (وفيه) أن شموله لهما ليس في عرض واحد ـ فتأمل . بل هو طولي لأن شموله لكل منهما يوجب زوال موضوع الآخر ، فاذا فرض شموله للرد لسبقه مثلا لايبقى مجال للاجازة وكذا العكس ، فلا وجه للاجمال .

(ثانيهما) ان المصنف بعد ما اورده على التمسك بالصحيحة لجواز الاجازة بعدالرد من احتمال عدم كفاية الفعل كأخذ المبيع في الرد ذكر ماحاصله : ان الرّد هنا ليس بأولى من الفسخ في البيع الخياري لأن الرد دفع والفسخ رفع ، فاذا اكتفى فى الثاني بالفعل كما صرحوا به اكتفى به في الأول بطريق أولى . ثم أجاب بأن الفعل الذى يحصل به الفسخ لابد وأن يكون من لوازم الملك كالوطى أو العتق فيما انتقل عنه لامثل اخذ المبيع .

(ونقول) الظاهر تحقق الفسخ بأخذ المبيع أيضاً ، خصوصاً اذا انضم به بعض القرائن الحالية ايضاً من حدة ونحوها .

(والصحيح) أن يدفع الاشكال بنحو آخر بأن يقال : ان القول بأن الفسخ رفع والرد دفع واولوية تحقق الثاني بالفعل عن الأول ، كل ذلك مما لا اساس له ومغالطة ظاهرة ، بل يكون تحقق الفسخ بأخذ المال في مورد الخيار من جهة ان المال قد خرج عن ملك من له الخيار ، فتصرفه فيه بغير عنوان الفسخ يكون محرماً شرعا

قوله (قده) : للرابع الاجازة اثر (١)

فمقتضى حمل فعل المسلم على الصحة وانه لايفعل المحرم أن يكون اخذه وتصرفه بعنوان الفسخ ، وهذا بخلاف تصرف المالك في البيع الفضولي ، فانه تصرف في ماله ولو لم يكن بعنوان الرد فيكون جائزاً ، فمن هذه الجهة يكون تصرف من له الخيار فسخاً ولا يكون تصرف المالك المجيز رداً .

(١) نفوذ الاجازة ليس الا حكم الشارع بجواز البيع المستفاد من اطلاق قوله تعالى « أحل الله البيع » ، فهي من آثار سلطنة المالك على ماله فله أن يبيع ماله حدوثاً كذلك له أن يسند البيع الواقع على ماله فضولة الى نفسه ، فليست الاجازة من الحقوق لينتقل بموت المالك الى وارثه بل نفس المال ينتقل اليهم ، فيكون لكل من الورثة اجازة البيع فيما انتقل اليه بناء على عدم اعتبار كون المجيز مالكاً حال العقد على ماتقدم وسيجيء بتفصيله في مسألة من باع مال ابيه فبان ميتاً ، غايته مع ثبوت خيار تبعض الصفقة للطرف الآخر اذا أجاز بعض الورثة وردالآخر ، ومن الظاهر جواز تبعض البيع الواحد وصحته بالاضافة الى بعض المبيع والثمن دون بعض - كما اذا بيع مال الغير فضولة منضما الى مالايقبل البيع اصلا فأجاز المالك ، فانه يصح فيما هو مقابل للبيع دون غيره - الى غير ذلك .

ثم انه تظهر الثمرة بين الوجهين فى موردين : (احدهما) فيما اذا وقع الفضولي على ما لاينتقل الى بعض الورثة كالعقار ، فان له اجازة العقد بناء على كونها من الحقوق لانتقاله اليه وان لم ينتقل اليه المال ، وليس له الاجازة بناء على كونها من الأحكام وعدم انتقالها الى الورثة بل ثبوتها لهم لأجل انتقال المال اليهم (ثانيهما) انه وقع الكلام فى كيفية انتقال الحقوق - كحق الخيار مثلا - الى الورثه فذهب بعض الى انتقاله الى طبيعي الوارث كالخمس والزكاة ونحوه ، فكل منهم يسبق على اعماله ينفذمنه ، وذهب بعضهم الى انتقاله الى المجموع ، فكأنهم مجموعاً بمنزلة

قوله (قده) : اجازة البيع ليست اجازة للقبض (١)

الميت ولاينفذ اعماله الا اذا اجتمعوا اليه ، وقد اختار المصنف الأول كما أن المختار هو الثاني ، وهناك وجـه ثالث ضعيف وهو تقسيط الحق عليهم بحسب حصصهم من المال (وعليه) فان قلنا بكون الاجازة من الحقوق يجري في انتقالها الى الوارث مانقلناه ، وأما بناء على كونها حكماًشرعياً ثابتاً للمالك فلاينبغي الريب في ان لكل من الورثة الاجازة والرد في خصوص ما انتقل اليه من المال .

اجازة البيع ليست اجازة للقبض

(١)ليست اجازةالبيع اجازةللقبض والاقباض الافي موارديكون اجازة البيع فيها دون اجازة القبض لغواً كما في بيع الصرف والسلم . ثم اذا صرح المجيز باجازة القبض والاقباض او فهم منه ذلك من باب صون كلامه عن اللغوية فهل يكون ذلك نافذاً منه بحيث لوتلف المال بعده لم يكن من التلف قبل القبض ، أو ان نفوذ الاجازة فى الأمور التكوينية يحتاج الى دليل ولايكفى فيه دليل صحه العقد الفضولي ؟ فصل المصنف فى ذلك بين الثمن والمثمن الكلي والشخصي ، فاختار الصحة في الثاني دون الأول ، بدعوى أن مرجع اجازة القبض الى اسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتري وهو أمر نافذ ، ومرجع اجازة الاقباض الى أن حصول المبيع فى يدالمشتري باجازة المالك ، ولا نريد في القبض الا استيلاء القابض على المالك برضا المالك ، ويتحقق ذلك بالاجازة بعد حصول المال تحت يد القابض بأي نحو كان . وأما الكلي فتعينه فيالموجود الخارجي وتشخصه فيه بالاجازة المتأخرة يحتاج الى دليل .

(ونقول) أما ماذكره في الشخصي وان كان تاماً من ناحية الاقباض الا انه لايتم في قبض الفضولي ، فان المال بعد اجازة المالك ايضاً غير واصل اليه بل بعد

تحت يد الفضول ، فاذا تلف يصدق عليه التلف قبل القبض وانه من مال بائعه ، فيوجب انفساخ البيع ـ فتأمل . واذا فرض استناده الى المالك بالاجازة لم تكن اجازة التعيين في الكلي موجباً لاستناده الى المالك ، فلابد من البحث عما يؤثر فيه الاجازة ، وهو قابل الأستناد الى المجيز باجازته وتعيينه عن غيره .

(ونقول) الظاهر نفوذ الاجازة اللاحقة فى كل ماينفذ فيه الاذن السابق ، فكما ان الاذن في القبض والاقباض وتعيين الكلى كاف في صحته كذلك الاجازة المتأخرة ، فانه كالتوكيل السابق فى كونه موجباً لاستناد العمل الى المجيز ، فيصح اجازة القبض والاقباض مطلقا حتى في الثمن والمثمن الكلي (والحاصل) اجازة العقد غير مستلزم لاجازة القبض الا فيما اذا كان اجازة العقد دون القبض لغواً ، كما في بيع الصرف والسلم اذا حصل التقابض بين فضوليين أو الأصيل والفضولي وتحققت الاجازة بعد تفرقهما .

(ثم) اذا أجاز القبض صريحا او بالالتزام فهل ينفذ ذلك أولا ؟ فصّل المصنف في ذلك بين الكلي والشخصي ، وقد ذكرنا انه لافرق بينهما اصلا فإما نقول بنفوذهامطلقا او نقول بعدم نفوذها كذلك . والصحيح هو القول بالنفوذ مطلقا ، لأن القبض ليس من قبيل بعض الأمور الخارجية كالضرب والأكل والشرب ونحوها مما لايستند الى غير الفاعل المباشر بالاجازة أو الاذن وانما هو نظير الرجوع مما يستند الى غير الفاعل بالاذن وكذا بالاجازة مع قطع النظر عن قيام الاجماع على عدم جريان الفضولية في الايقاعات (وضابط ذلك) ان كلما يستند الى غير الفاعل بالاذن السابق يستند اليه بالاجازة اللاحقة ، ومن الظاهر جريان التوكيل والاذن في القبض ، فيجري فيه الاجازة السابقة أيضاً . ويشهد لذلك أن ذلك امرعرفي ، ولذا لو اذن الدائن أن يدفع المديون دينه الى أحد فسلمه اياه فتلف ليس له عرفاً أن يطالب المديون ثانياً ، وهكذا اذا دفعه المديون الى شخص فأجاز الدائن .

(ثم ان ماذكره) المصنف من كون اجازة العقد اجازة للقبض بالالتزام في مثل بيع الصرف والسلم يرد عليه انه انما يكون كذلك اذا كان المجيز عارفاً بالملازمة وان اجازة البيع من دون اجازة القبض يكون لغواً فيقصد اجازة القبض أيضاً . وأما فى غير هذا الفرض فلا وجه لكون اجازة البيع اجازة للقبض مع انها امر قصدي لابد وأن يقصد .

(ومن الغريب) ماذكره قدس سره بعد ذلك من انه اذا أجاز العقد ورد القبض ففي بطلان العقد أوالرد وجهان ، اذلاوجه للحكم ببطلان الرد واثبات اجازة القبض على رقبته مع تصريحه بالرد اصلا - فتأمل . بل يكون رده للقبض نافذاً ، فلا يبقى اثر لاجازته العقد لفقدان شرطه وهو القبض في المجلس فيبطل .

(ثم لايخفى) أن نزاع الكشف والنقل غير جار هنا بل لابد من الالتزام بالنقل فيه ، وذلك لأن القبض ليس من الأمور التعليقية كاجازة البيع ليكون مقتضى نفوذه وشمول العمومات له الحكم بتحقق الملكية والمبادلة السابقة من حين تحقق الاجازة ، بل يكون اجازة القبض كقبض المجيز ، وهو انما يتحقق من حينه فتأمل . فاذا فرضنا ان العقد الواقع فضولة كان هي الهبة المشروطة بالقبض يكون حصول الملكية بها من حين اجازة القبض وهذا معنى النقل ، واذا فرضنا اعتبار أزيد من ذلك في صحة العقد - كأن يكون القبض في مجلس البيع بمقتضى قوله عليه السلام « يداً بيد » - فبما ان مجلس البيع الحقيقي يكون مجلس الاجازة لأنها بيع المالك حقيقة ، فاذا أجاز فيه القبض السابق حصل القبض في المجلس لامحالة ، ولا يعتبر في الصرف قبض كل من المتبايعين بنفسه من دون واسطة ، وهو ظاهر .

قوله (قده) : الاجازة ليست على الفور (١)
قوله (قده) : السابع هل يعتبر في صحة الاجازة مطابقتها (٢)

ليست الاجازة على الفور

(١) لما عرفت من ان اجازة المجيز بيعه ، فكما للمالك أن يبيع وأن لا يبيع كماله المسابقة اليه وله تأخيره كذلك في الاجازة ، وهذا مقتضى سلطنته على ماله، وهذا ظاهر . إنما الكلام في انه اذا لم يجز المالك حتى لزم تضرر الأصيل بناء على لزوم العقد من طرفه وعدم جواز تصرفه فيما انتقل عنه وانتقل اليه فهل يتدارك ضرره بالخيار أو اجبار المالك على احد امرين أو لا يثبت شيء من ذلك ؟ قوى المصنف الأول ولكن الثاني هو الصحيح ، أما اجباره فلا وجه له لأنه مسلط على ماله ولم يحدث منه ما يوجب الاجبار ولا دليل عليه ، وأما الخيار فبعض العقود غير قابلة له لا بالجعل ولا بغيره كالنكاح الا في موارد خاصة لاسباب مخصوصة ، وأما في غيره مما يقبل الخيار فلا يثبت ايضاً ، لأن الأصيل هو المقدم على الضرر ولا اقل من القصير الغير الموجب للخيار ، ولا فرق في الضرر بين قصيره وطويله . ولكن الصحيح عدم لزوم العقد من طرف الأصيل في نفسه كما ذكرناه سابقاً ، وهذا أيضاً أحد مؤكداته .

اعتبار مطابقة الاجازة للعقد

(٢) تارة تكون الاجازة مطابقة للعقد واخرى تكون مخالفة له ، وعلى الثاني تارة يكون اختلافهما بالتباين ، واخرى بالجزئية والكلية وثالثة بالاطلاق والتقييد . أما في فرض التباين فلا اشكال في البطلان وهو واضح ، كما لا اشكال في الصحة في فرض التطابق ، وأما في فرض العموم والخصوص - اعني الاختلاف بالجزء والكل كما اذا باع الفضولي مجموع الدار فاجاز المالك بيع النصف - فالظاهر هو

الصحة ، لانحلال البيع بحسب اجزاء المبيع والثمن ، فكأنه بيع كل جزء بما يقابله من الثمن ، ففي أي مقدار حصلت الأجازة صح البيع وفسد في الباقي ، فيكون من قبيل بيع مايملك وما لايملك أو بيع المال المشترك بين شخصين فأجاز احدهما ورد الآخر ، غاية الأمر يثبت للطرف الآخر خيار تبعض الصفقة.

(وأما صورة) الاختلاف بالاطلاق والتقييد - كما اذا وقع العقد مشروطاً فأجازه المالك بلا شرط - فتارة يكون الشرط فيها للمالك المجيز أو الفضولي على الأصيل واخرى من الأصيل على المجيز ، أما ان كان الشرط للمجيز أو الفضولي على الأصيل فلم يجزه المالك فلا بأس به لرجوعه الى اسقاط ماالتزم به الأصيل على نفسه - فتأمل . كمالو فرضنا أن الفضولي باع شيئاً واشترط في ضمنه على الأصيل خياطة ثوب نفسه أو ثوب المالك فأجاز المالك البيع مجرداً عن الشرط . وأما فيما اذا انعكس الأمر - بأن اشتراط في ضمن البيع للأصيل على المالك شيئاً كخياطة الثوب مثلاً فأجاز المالك البيع المجرد عن الشرط - فذكر المصنف أن الأقوى فيه عدم الجواز ، لأن التبعيض في العقد من حيث الاجزاء وان كان امراً ممكناً الا أن التبعيض من حيث الشرط غير ممكن ، اذ لايقع بأزائه شيء من الثمن .

(ولكن) الميرزا قدس سره انكر عليه ذلك وذهب الى صحة البيع ، وذكر في وجهه ماحاصله: ان الالتزام الشرطي التزام آخر اجنبي عن الالتزام البيعي ، فعدم اجازة الشرط لايستلزم عدم اجازة البيع بل يكون ذلك نظير تعذر الشرط الموجب للخيار.

(ونقول) ماافاده قدس سره من كون الشرط بالمعنى المصدري لا الاسم المصدري التزام آخر ولايرجع الى تعليق الالتزام المعاملي وان كان صحيحاً ، والافان كان الالتزام بالشرط أو الوصف مما علق عليه الالتزام البيعي لزم بطلان البيع اولا لأن التعليق في العقود يوجب البطلان (وثانياً) ان التخلف حينئذ لابد وأن يكون موجباً للبطلان لا الخيار ، إلا انه لابد وأن يكون مربوطاً بالالتزام البيعي على ماهو

ظاهر عنوان الشرط لغة ، والا فان كانا التزامين كل منهما اجنبي عن الآخر ، غاية الأمر وجدا مقارنين في الزمان لم يكن وجه لثبوت الخيار عند التخلف ، وذلك واضح .

(وكيفية ارتباطها) هو أن الالتزام البيعي ـ أعني اعتبار المبادلة بين المالين ـ غير معلق على شيء اصلاً الا ان التزام الشارط بالوفاء بذاك الالتزام والاعتبار واتمامه وعدم رفع اليد عنه مشروط بتحقق الشرط أو الوصف في الخارج والا فهو بالخيار وليس ملتزماً باتمام العقد (وعليه) فالمنشأ بالعقد المشروط انما هي المبادلة الخاصة ـ أي المقرونة بالخيار عند تخلف الشرط ـ على ماهو مقتضى تقييد العقد ، فاذا فرضنا تعلق الاجازة بالعقد المطلق الذي لم يقيد بذاك القيد فلا محالة لايكون العقد الواقع فى الخارج متعلقاً للاجازة فيفسد ، فالمعني الذي ذكره الميرزا ـ وان كان متيناً وهو مختار المصنف ايضاً ـ الا أن البناء غير تام ، والصحيح هو البطلان وفاقاً للمصنف .

وحاصل الكلام

فى اختلاف الاجازة والعقدان الاختلاف تارة يكون بالتباين كما اذا بيع الدار الصغيرة فضولة واجاز المالك بيع داره الكبير مثلاً ولا اشكال في فساده ، واخرى يكون بالجزء والكل ، وقد ذكر أن الحكم فيه هو الصحة لأن البيع ينحل الى بيوع عديدة بحسب الأجزاء ، وثالثة بالاطلاق والتقييد ، بأن وقع البيع مشروطاً وأجازه المالك مطلقا بدون شرط ، وفى هذا الفرض ان كان الشرط على الأصيل فيرجع اجازة البيع على نحو الاطلاق الى تجاوز المالك عن حقه واسقاطه فتأمل ، وهذا لابأس به . واذا انعكس الأمر ـ بأن كان الشرط للاصيل على المالك ـ وقد ذكرنا

أن الظاهر فيه هو البطلان ، وذلك لأن الشروط أو الأوصاف المأخوذة فى العقد لايكون العقد معلقاً على شيء منها والا لزم البطلان بل يكون الالتزام به واتمامه معلقاً عليها ، الاأن نفس الالتزام الثانيمقوم للالتزام الأول - أيالالتزام المعاملي - فالالتزام المعاملي يكون على قسمين : تارة يكون مقيداً بأن يكون الالتزام به معلقاً على تحقق شرط أو وصف في الخارج واخرى يقيد بكون الالتزام به على نحو الاطلاق (ولا يبعد) أن يكون مرجع الأول الى تعليق الالتزام البيعي على رضا الظرف بثبوت الخيار له عند تخلف الوصف أو الشرط ، وهذا التعليق غير موجب للبطلان لأنه معلق عليه واقعاً - فتأمل . (وعليه) فاذا فرضنا أن المنشأ بالعقد الفضولي هو القسم الأول وماتعلق به الاجازة هو القسم الثاني بطل لا محالة الا اذا رضي به الأصيل بعد ذلك فانه يصح كما سيتضح وجهه .

(ولا يقاس) ذلك بتعذر الشرط الموجب للخيار لأن العقد فيه تام ، والمفروض فيه ورود الالتزامين على امر واحد وهو المبادلة الخيارية ، غاية الأمر تعذر ايجاد الفعل خارجاً إماعقلا وأما شرعاً ، كما اذا كان الشرط تسليم الخمر اياه مثلا ، وهذا لاربط له بماهو محل الكلام من عدم ورود الالتزامين على مورد واحد فما افاده المحقق النائيني فى غير محله .

(وبما ذكرناه) ظهر دفع ماربما يتوهم من جريان ماذكرناه بعينه في فرض الاختلاف بالجزء والكل بتخيل أن المبيع اذا كان هو المجموع فلا محالة يكون مشروطاً بشرط الانضمام ومقيّداً به ، فاذا تعلقت الاجازه ببعضه - اي بالخالي عن الانضمام - لميكن الالتزامان واردين على مورد واحد (وذلك) لأن المنشأ على الفرض انما هو بيع كل من الأجزاء بالالتزام الخياري عند تخلف الشرط الارتكازي ، وهو الانضمام وما يتعلق به الاجازة ايضاً بيع بعض الأجزاء مع ثبوت الخيار ، فالالتزامالبيعي والالتزام المتحقق بالاجازة كلاهما وارد على البيع الخياري فلااختلاف .

هذا كله فيما اذا عقد الفضولي مشروطاً واجاز المالك بلا شرط ، وأما اذا انعكس الأمر - بأن عقد الفضولي مجرداً عن الشرط واجاز المالك مع الشرط - فتارة يكون الشرط على الأصيل للمالك المجيز واخرى يكون للاصيل على المجيز : أما الصورة الأولى فالمحتملات فيها ثلاثه : البطلان مطلقا ، والتفصيل بين ما اذا رضي به الأصيل فيصح وبين ما اذا لم يرض به فيبطل ، والصحة مطلقا ، والظاهر منها هو الوجه الوسط . أما وجه البطلان اذا لم يرض الأصيل بالشرط فقد ظهر مما قدمناه ، لأن ما انشأ بالعقد كان بيعاً غير خياري وما لحق به الاجازة هو البيع الخياري فلم يردا على مورد واحد ، وأما وجه الصحة اذا رضي الأصيل بالشرط فهو أن وجوب الوفاء بالشرط وان كان مختصاً بالشروط الضمنية ولايعم الشروط الابتدائية إما للاجماع وإما لظهور عنوان الشرط في خصوص الالتزام المربوط الا انه لايعتبر في ذلك ورود الايجاب والقبول على الشرط ، بل مقتضى عموم قوله عليه السلام « المؤمنون عند شروطهم » وجوب الوفاء بالشرط مطلقا ، غايته خرج عنه الشروط الابتدائية للاجماع أو لظهور اللفظ ، فاذا فرضنا تحقيق الشرط في ضمن القبول فقط ورضي به الموجب لزمه الوفاء به لعدم كونه ابتدائياً ، وحينئذ البيع الصادر - وان كان حدوثاً بيعاً مجرداً عن الشرط - الا انه بعد رضا الموجب يكون بقاء بيعاً خيارياً فيتحد مورد الايجاب والقبول ، وفيما نحن فيه يتحد المنشأ بالعقد الفضولي مع ما تعلق به الاجازة بقاء ، وهذا بخلاف ما اذا لم يرض الأصيل بالشرط كما هو ظاهر .

(وأما الصورة الثانية) - اعني ما اذا كان الشرط للاصيل على المجيز - فلا حاجة فيها من اجازة الأصيل للشرط صريحاً ، بل رضاه بالعقد المجرد عن الشرط بالفحوى والأولوية يكون رضاً بالعقد المشروط بالخيار ، فاذا اراد أعمل خياره واذا اراد أسقطه . وهذا نظير ما ذكرناه في رواية محمد بن قيس من ان اذنه صلى

قوله (قده) : فاستقصائه يتم ببيان امور : الأول يشترط (١)
قوله (قده) : الثاني هل يشترط (٢)

الله عليه وآله بشراء الشاة الواحدة بدينار بالفحوى يكون اذناً بشراء الشاة بنصف دينار . هذا كله فيما يعتبر في الاجازة ويقع الكلام في المجيز .

اشتراط نفوذ تصرف المجيز حين الاجازة

(١) مما يعتبر في المجيز أن يكون نافذ التصرف حين الاجازة ، وهو واضح ، لأن المجيز بالاجازة يسند العقد الى نفسه فيعتبر فيه مايعتبر في نفس المتعاقدين من غير فرق بين القول بالكشف أو النقل : أما على النقل فواضح ، وأما على الكشف فلان الاجازة ممن له اهليتها يكشف عن الملكية السابقة لا الاجازة من غيره .

اشتراط وجود المجيز حين العقد

(٢) استدل في محكي القواعد للعلامة على اعتبار وجود المجيز حين صدور العقد بوجهين : (الأول) انه اذا لم يكن المجيز موجوداً حين العقد امتنع صحته ، فاذا امتنعت في زمان امتنعت دائما (ثانيهما) لزوم تضرر الأصيل من صحة العقد ، لعدم جواز تصرفه فيما انتقل عنه وفيما انتقل اليه ، فينتفي بحديث لا ضرر .

(ونقول) تتصور هذه المسألة على وجوه ثلاثة :

(أحدها) ان يراد بالمجيز ذاته ، وعدم وجود المجيز بهذا المعنى غير متصور في الماليات على مسلك الامامية لولاية الامام عليه السلام عليها ، بل على مسلك العامة

ايضاً ، لأن الخليفة أو المنصوب من قبله له الولاية عليها (نعم) يتصور ذلك في نكاح الصغير أو الصغيرة بناء على عدم ثبوت الولاية للامام عليه السلام على ذلك .

(ثانيها) أن يراد بالمجيز عنوان المجيزية ، كما اذا فرضنا ان ذات المجيز موجود الا أن الوصول اليه يحتاج الى مرور زمان ، أو انه نائم فعلا ولا يمكن ايقاظه الا بعد يوم مثلا ، وهذا يتصور فى الماليات في المالك والولي ، بل لايكون المجيز بهذا المعنى موجوداً حال العقد غالباً .

(ثالثها) أن يراد من عدم وجود المجيز وجود المانع عن الاجازة شرعاً ، كما اذا فرضنا ان مال اليتيم او داره بيع بنصف قيمته ولم تكن الاجازة ذات مصلحة من وقوع البيع ثم بعد مضي مدة سقط عن المالية لحكم السلطان بتخريبه أو وقوعه في الشارع مثلاً ، فحدثت المصلحة في اجازة البيع السابق ، أما وجود المجيز حين العقد بأحد المعينين السابقين فاعتباره واضح الفساد لعدم الدليل عليه ، بل ماورد في نكاح الصغيرين بترك الاستفصال فيه يدل على عدم اعتباره ، وانما الكلام فى اعتبار وجود المجيز بالمعنى الثالث والظاهر عدم اعتباره أيضاً ، فان زمان الاجازة هو ظرف استناد البيع أو الشراء الى المجيز لأقبله ، فكان المجيز بالاجازة يبيع أو يشتري ، فلا بد من كونه حين الاجازة واجداً للاهلية لاقبلها .

ويتضح ذلك بفرض الكلام فى عكس المسألة ، وهو ما اذا كان البيع حين وقوعه مصلحة لليتيم ، ثم صار على خلاف المصلحة حين الاجازة لتفاوت القيمة السوقية او لغير ذلك ، فانه لااشكال حينئذ في عدم جواز الاجازة . فيعلم منه أن المعيار في المصلحة وعدمها بزمان الاجازة لا العقد .

(فتحصل) انه لايعتبر وجود المجيز حال العقد بجميع معانيه الثلاثة ، أي لايعتبر وجود ذاته ولاتمكنه من الاجازة عقلا ولاتمكنه من الاجازة شرعاً ، بقي الكلام في الدليلين اللذين اقيما على اعتبار وجود المجيز حين العقد من انه اذا لم يكن

قوله (قده): الثالث لايشترط في المجيز كونه جائز التصرف حال العقد (١)

المجيز موجوداً حال العقد أو لم يكن متمكناً من الاجازة عقلا أو شرعاً امتنع صحة العقد، فاذا امتنع في زمان امتنع دائما، ومن لزوم الضرر على المشتري لامتناع تصرفه في الثمن والمثمن.

ونقول: أما لزوم الضرر ففيه (أولا) انه مبني على لزوم العقد من طرف الأصيل، وقد عرفت أن الصحيح جوازه من طرفه (وثانياً) ينتقض ذلك بما اذا كان المجيز موجوداً حال العقد ولكنه لم يجز ولم يرد بحيث لزم منه تضرر المشتري، فما تقولونه هناك نقول به في المقام.

(وأما الامتناع) فلم نفهم مراد العلامة «قده» منه، فان الشيء اذا امتنع ذاتاً في زمان كامتناع اجتماع النقيضين امتنع دائما كما افاد، وأما اذا امتنع شيء في زمان بالغير - أي لعدم تحقق علته - فلا مانع من وجوبه بعد ذلك لوجود علته. ومن الظاهر أن امتناع صحة العقد في المقام ليس امتناعاً ذاتياً، وانما هو امتناع بالغير من جهة عدم تحقق العلة، وهي استناد العقد الى من يعتبر استناده اليه لعدم وجود المصلحة أو لغير ذلك، فاذا وجدت المصلحة وتحققت الاجازة والاستناد وجبت الصحة، فالصحيح عدم اعتبار وجود ذات المجيز ولاتمكنه من الاجازة عقلا ولاشرعاً.

اشتراط كون المجيز جائز التصرف

حال العقد

(١) قد يكون عدم جواز تصرفه حال العقد لعدم المقتضي - أي لعدم كونه مالكاً - واخرى لفقدان الشرط، كما اذا لم يكن المالك حين العقد بالغاً او عاقلا

او رشيداً ، وثالثة لوجود المانع كما اذا كان العين مرهونة حال البيع ثم فكها المالك من الرهن فأجاز البيع اووجد الشرط في الفرض الثاني اوحصل الملك بناقل قهري او اختياري في الأول حين الإجازة ، فهل يكفي ذلك في صحة العقد أولا ؟ وظاهر المصنف كون المسائل ثلاث على مابيناه الا انه لم يتعرض الا لمسألتين .

(وبالجملة) عدم جواز تصرف المجيز حال العقد قد يكون لعدم المقتضي وقد يكون لوجود المانع ، وعدم المقتضي قد يكون من جهة عدم كون المجيز مالكاً حال العقد وقد يكون من جهة كونه فاقداً للشرط من بلوغ او عقل او رشد ووجود المانع مثل كون المال متعلقاً لحق الغير . ثم عدم ملكية المجيز تارة يكون واقعياً كمن باع ثم ملك ، واخرى ظاهرياً ثم ينكشف الخلاف كمن باع مال أبيه مع استصحاب حياته ثم بان موته ، وثالثة يكون اعتقادياً كمن اعتقد كون المال لغيره فباعه ثم انكشف الخلاف ، فهنا مسائل :

(الأولى) فيما اذا كان المجيز فاقداً للشرط حين البيع بأن كان صبياً اوسفيهاً أو مجنوناً ، والظاهر فيها الحكم بالصحة اذا أجاز الولي أو صار هو الولي على ماله فأجاز ، بناءعلى ماتقدم من عقدالصبي اذا أجازالولي فيما اذا كان هو المنشيء للبيع لاغيره البائع ، وذلك لأن العقد الواقع - وان كان حين حدوثه مستنداً الى المالك - الا أن هذا الاستناد كان ملغي في نظر الشارع ولم يعتبره لفقدان الشرط ، ولم يكن العقد مستنداً الى من يعتبر استناده اليه ، فلابد من تحقق الاستناد بعد تحقق الشرط ، فاذا تحقق الاستناد صح (نعم) لو قلنا بسقوط انشاء الصبي ومن بحكمه لم يكن العقد الصادر منهقابلا للصحة ، ويدل عليه أو يؤكده الأخبار الواردة فينكاح الصغار .

(الثانية) فيما اذا كان المبيع متعلقاً بحق الغير حين العقد ، وفي هذا الفرض تارة يكون البائع هو المرتهن واخرى يكون شخصاً اجنبيا وثالثة يكون هو الراهن أما اذا باع المرتهن العين المرهونة فلا اشكال في صحته اذا أجاز المالك لرجوع بيعه

الى اسقاط حقه ، وهكذا اذا باع الأجنبي فأجاز المالك الراهن والمرتهن معاً ، فانه ايضاً لااشكال فيه من الجهة التي نذكر في الصورة الآتية ، وانما الكلام فيما اذا كان البائع هو الراهن ثم أدى دينه وفك الرهن فانه ربما يفصل بينه وبين الفرضين السابقين ، فيحكم فيه بالبطلان بدعوى أن العقد الواقع من حين حدوثه مستند الى المالك على الفرض ، ولذا لاحاجة الى اجازته بعد ذلك ، ومع ذلك لم يكن مشمولا للعمومات فلا يقاس بالعقد الفضولي الذي ليس مستنداً الى من يعتبر استناده اليه قبل الاجازة وبعد مااستند اليه يعمه العمومات . (ومن هنا) فرقوا في النكاح بين ما اذا كان فضولياً غير مستند الى الزوجين وما كان استناده تاماً وكان المانع من جهة تعلق حق الغير ، كالنكاح ببنت اخ الزوجة أو اختها ، فانه لا يصح الا بالاذن السابق لعين ماتقدم .

(هذا) ولكن الحق هو الصحة وعدم الفرق بين هذه الصورة والصورتين السابقتين ، وذلك لأنه انما يرفع اليد عن العمومات في موارد تعلق حق الغير كالعين المرهونة أوالنكاح ببنت اخ الزوجة أو بنت أختها من جهة ورود الدليل على اعتبار رضى من له الحق ، فيكون ذاك الدليل مخصصاً زمانياً للعمومات لا افرادياً ، فما دام لم يتحقق رضاؤه لاتعم العمومات للدليل وبعد حصول رضاه تعمه (ومما يوضح ذلك) ماورد في نكاح العبد بدون اذن سيده من انه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا أجاز جاز ، فان استناد النكاح فيه الى الزوج كان محققاً من حين حدوثه غاية الأمر اعتبر فيه رضا السيد فلم يكن يعمه العمومات الا بعد لحوقه ، فالتفصيل بين الصور لاوجه له .

(والحاصل) اذا باع الراهن العين المرهونة فأجاز المرتهن فلا اشكال في الصحة ولكنه خارج عن محل الكلام ، وأما اذا باعه الراهن ولم يجز المرتهن الى أن فكها المالك من الرهن فهل يصح البيع بذلك أم لا ؟ ربما يتوهم البطلان ،

بدعوى أن ادلة صحة بيع الفضولي غير شامل للفرض ، لأنها ظاهرة في صحة العقد بعد استناده الى المالك ، والمفروض في المقام عدم الصحة بعد تمامية الاستناد أيضاً لكون العين متعلقاً لحق المرتهن ، والمفروض عدم تحقق عقد آخر بعد سقوط حقه ولكن الصحيح أن مقتضى العمومات ـ مع مادل على اعتبار رضى المرتهن أو كون الملك طلقاً ـ هو الصحة بعد لحوق رضاه او سقوط حقه ، وهذه من صغريات الكبرى المعروفة ، وهي ماذا ورد دليل ودار أمره بين التقييد والتخصيص ـ كما اذا ورد وجوب اكرام العلماء وعلمنا بعدم وجوب اكرام زيد العالم ـ ودار الأمر بين خروجه مطلقاً وخروجه في زمان خاص ، والصحيح هوالتقييد للاختصار على القدر المتيقن . وفيما نحن فيهايضاً نقتصر فى رفع اليد عن العمومات بما اذا لم يسقط حق المرتهن دون ما اذا سقط برضاه أو بأداء دينه .

وهذا واضح وانما الكلام فيموردين : (الأول) في انه هل يحتاج الى اجازة المالك بعد فك الرهن اولاحاجة اليها ؟ الظاهر هو الثاني ، وذلك لأن الاحتياج الى الاجازة انما كان من جهة حصول الاستناد الى المالك ، وفي الفرض الاستناد اليه موجود تكويناً وشرعاً ، وانما كان المانع عن الصحة تعلق حقالمرتهن بالعين ، وقد سقط على الفرض فلا موجب لاجازة المالك .

(الثاني) في أن نزاع الكشف والنقل هل يجري في المقام وهل يحتمل فيه الكشف املا ؟ الظاهر هوالثاني وتعين القول بالنقل لكن بالمعنى الذي نبينه ، وذلك لأنا انما قلنا بالكشف في بيع الفضولي من جهة أن الأجازة كانت متعلقة بالبيع السابق واستند بها البيع السابق الى المالك ، فكان مقتضى صحته ترتب آثار الملك من حين صدور العقد ، وأما فيمانحن فيه فالعقد كان منحين صدوره مستنداً الىالمالك وانما كان عدم صحته من جهة اعتبار أحد امرين في صحة البيع : إما كون المال ملكاً طلقاً ، وإما تحقق الرضا ممن له الحق فى المال فلا يترتب الأثر عليه الابعد حصول

قوله (قده) : أما المسألة الأولى (١)

الشرط وهو سقوط حق المرتهن وصيرورة الملك طلقاً للبائع لاقبله نظير القبض في بيع الصرف والسلم ، فان الأثر لايترتب عليه الا بعد حصول القبض لا أن القبض يكشف عن ترتب الأثر عليه من حين صدوره .

(ومن هنا) يعلم أن البائع للعين المرهونة لو كان فضولياً ـ أي غير المالك ـ فأجاز المالك بعد مافك العين عن الرهن يترتب عليه آثار المبادلة من حين سقوط حق المرتهن لاقبله ، وهذا أيضاً نقل بمعنى كما ذكرنا . هذا كله فيما اذا كان عدم جواز تصرف المجيز حين العقد من جهة فقدان الشرط أو وجود المانع .

المسألة الاولى

(١) هذه المسألة فيما اذا كان عدم جواز تصرفه من جهة عدم المقتضي ـ أي عدم كونه مالكاً ـ وقد جعلها المصنف على اقسام ثلاثة : لأنه تارة لايكون مالكاً حين العقد واقعاً فيبيع مال الغير لنفسه مع العلم بأنه ليس له ، فيملكه بعد ذلك بسبب اختياري أوقهري ، واخرى يبيع مال الغير لنفسه مع عدم كونه مالكاً ظاهراً فينكشف الخلاف ، وثالثة يعتقد أنه مال الغير فيبيعه لمالكه ثم ينكشف خطأه وانه له .

(أما الفرض الأول) ففيه قولان الصحة والبطلان ، وقد نسب الصحة الى الشيخ استناداً الى ماذكره في المال الزكوي قبل اخراج زكاته من صحة البيع في جميع المال اذا اغترم المال حصة الفقراء فان الفقراء شركاء في المال بأحد معاني الشركة من الشركة فى العين أوفي المالية أو بنحو الكلي في المعين ، فلم يكن البائع مالكاً لحصتهم حين البيع ثم يملكها بعد أداء الزكاة من ماله الآخر . ولذا أورد عليه المحقق في المعتبر من ابتناء الصحة فيها على صحة بيع من باع ثم ملك (ولكن الصحيح) عدم ابتنائها

على ذلك ، فان هذه المسألة منصوصة ، وقد ذكر المصنف النص الوارد فيها في كتاب الزكاة (١) كما نقلها المحقق أيضاً ، ومضمونه أن المشتري في الفرض يؤدي الزكاة ثم يتبع البائع ـ أي يسترجع منه مايقابله من الثمن أو يؤدي البائع لنفسه الزكاة ـ فيصح البيع في الجميع ، فمن المحتمل قريباً أن يكون منشأ ذهاب الشيخ الى الصحة التعبد بمقتضى الصحيحة لا القاعدة ، فلا وجه لماذكره المحقق كما لاوجه لما اعترض به المصنف عليه من توجيه ماذهب اليه الشيخ بحمله على احتمال أن لايكون مسلك الشيخ في الزكاة شركة الفقراء مع المالك بجميع معانيها وكونه قائلا بتعلق حقهم بالمال ، فانه على مابيناه مع التزامه بالشركة والتزامه بعدم صحة البيع فيمن باع شيئاً ثم ملك يمكنه القول بصحة بيع جميع المال البالغ حد النصاب للنص الوارد فيها (وكيف كان) فلا يمكن اسناد القول بصحة البيع فيمن باع شيئاً ثم ملك الى أحد بمجرد ذهابه الى صحة بيع المال الزكوي ، فلابد من التكلم فيما تقتضيه القاعدة فى ذلك .

(والحاصل) لاملازمة بين ما نحن فيه ـ أعني من باع ثم ملك ـ وبين بيع المال الزكوي ، فانه وإن كانت من صغريات هذه الكبرى الا انه مورد للنص الخاص ، ولايرفع اليد عنه بكونه مخالفاً للقاعدة مثلا ، ولذا قلنا بعدم امكان اسناد القول بالصحة في المقام الى الشيخ لذهابه الى الصحة في بيع المال الزكوي .

(ثم ان المسألة) كما عرفت في نفسها ذات قولين ، وسنتعرض الى الحاجة

---

(١) ذكر في الوسائل ج ـ ٦ ـ ص ٨٦ في الباب ـ ١٢ ـ من كتاب الزكاة، المطبوع حديثاً . ماهذا لفظه : محمد بن يعقوب ، عن علي بن ابراهيم ، عن أبيه ، عن حماد بن عيسى ، عن حريز ، عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله عليه السلام قال : قلت لابي عبد الله (ع) : رجل لم يزك إبله أو شاته عامين فباعها على من اشتراها ان يزكيها لما مضى ؟ قال : نعم تؤخذ منه زكاتها ويتبع البايع أو يؤدي زكاتها البايع . انتهى . (محمود علي الحسيني)

الى الاجازة بعد ماملك وعدمه ، ففرض الكلام فعلا فيما اذا لحقته الاجازة بعد حصول الملك ، ولا يثبت في أن مقتضى العمومات هو الصحة كما صرح به المصنف الا أن المحقق التستري ذهب الى البطلان واستدل عليه بوجوه :

الوجه الاول مما استدل به المحقق التستري

على البطلان

(منها) ماتقدم فى بطلان بيع الغاصب ، وماذكر هناك امور : (احدها) أن الغاصب غير قاصد لحقيقة المبادلة ، وانما يقصد تملك مال الغير بخروج مال شخص آخر عن ملكه لأنه ليس طرف الاضافة (وقد أجبنا) عنه هناك بوجهين : « احدهما » ماذكره الميرزا من أن الغاصب يرى نفسه مالكا ادعاءاً ، فكأنه يسترق الاضافة من المالك أيضاً ، نظير المجاز الادعائي الذي يدعيه السكاكي ، فيقصد تبديل طرفى الاضافة وان كانت اضافة العين المغصوبة اليه اضافة ادعائية (وهذا الجواب) على تقدير تماميته غير جار في المقام ، لأن من يبيع مال غيره ثم يملكه لايرى نفسه مالكاً حتى ادعاءاً . (وتوهم) كونه طرف الاضافة بالأول والمشارفة واضح الفساد ، فانه لايوجب تحقق الاضافة فعلا حتى بنحو الادعاء ، ولعل المحقق التستري نظر الى هذا الجواب حيث قال على ما حكاه المصنف : « وربما لايجري فيه بعض ما ذكر هناك » أي من الجواب عن الاشكال (ولكن) هذا الجواب فاسد فى نفسه ، اذ لامعنى للادعاء في الأمر الاختياري كما لامعنى لسرقته ، والغاصب إنما يسرق المال لا الاضافة « ثانيهما » ما يظهر من كلمات المصنف أيضاً وهو أن حقيقة المبادلة ليست متقومة بالمالكين وانما هي متقومة بالمالين ، فقصد وقوع البيع للمالك قصد لغو كما أن قصد وقوعه لغيره قصد غلط لااعتناء به .

قوله (قده) : الثاني ـ انا حيث جوزنا (١)

(ثانيها) ان ماينشأ ببيع الغاصب ـ وهو بيع العين لنفسه ـ لايتعلق به الاجازة ، فان المالك انما يجيز البيع لنفسه لا للغاصب ، فلا يرد البيع والاجازة على مورد واحد . (وهذا) الوجه غير جار في المقام ، لأن المفروض أن المجيز يجيز البيع لنفسه بعد ما يملك ـ وهو المنشأ بالعقد ـ وهذا هو مراد المصنف بقوله : « وربما يسلم هنا من بعض الاشكالات الجارية هناك » .

(ثالثها) الأخبار الناهية عن بيع ماليس عندك وانه لابيع الافي ملك ، وقد تعرضنا لمفادها هناك (١) ، الا أن المحقق التستري جعلها وجهاً مستقلاً في المقام ، وهو الوجه السابع ، ونتعرض له هناك تبعاً له « قده » .

الوجه الثاني

(١) هذا هو الوجه الثانيمن وجوه المنع ، وحاصله : انه يعتبر فى البائع أمور ثلاثة حين البيع : أن يكون مالكاً ، وأن يكون راضياً ، وأن يكون قادراً على التسليم . وتحققها في بيع الأصيل ظاهر ، وأما اذا كان البائع فضولياً فبما أن البائع الحقيقى هو المالك المجيز يعتبر تحقق هذه الأمور الثلاثة فيه حين البيع والا فيبطل ، وأما فيمن باع ثم ملك فليس المجيز واجداً لشيء من هذه الأمور حين البيع ـ انتهى.

والمصنف حلل هذا الوجه الى جهتين : احداهما عدم وجود الرضا بالبيع ممن يعتبر رضاه فى البيع . ثانيها عدم القدرة على التسليم كذلك (واجاب عن الأولى) بأنه لايستفاد من دليل اعتبار الرضا وهو قوله تعالى « الا أن تكون تجارة عن تراض » اكثر من اعتبار رضا المالك المجيز حين الاجازة واستناد العقد اليه

(١) راجع ص ٣١٩

وصيرورته تجارة له (وعن الثانية) بأن القدرة على التسليم حين البيع ـ وان كان معتبراً في صحته ـ الا انها لابد وان تكون مفروضة فى المقام ، لأن الكلام فى بيع الفضولي انما هو في فرض استجماعه اسائر الشرائط عداكون البائع مالكاً ، فالمناقشة في المقام من حيث فقد بقية الشرائط لاوجه لها .

(استدراك)

ذكرنا أن مقتضى العمومات فيمن باع سيئاً ثم ملك وأجاز هو الصحة ، فلو لم يكن مانع في البيع لابد من الالتزام بها ، فلابد من البحث عما احتمل كونه مانعاً وهو امور ذكرها التستري :

(الأول) انه غير قاصد لحقيقة البيع والمبادلة كما فى بيع الغاصب . وقد أجبنا عنه في بيع الغاصب بأنه يدعي نفسه مالكا إما عدوانا او باعتبار العقلاء أو الفساق ، فهو يقصد حقيقة المبادلة بين المالين من حيث طرفي الاضافة ويستعمل اللفظ في ذلك حقيقة ويكون المجاز والادعاء في التطبيق ، وهذا هو المجاز الادعائي الذي قال به السكاكي (وهذا) الوجه غير جار فيما نحن فيه ، فالصحيح أن يقال : ان من باع شيئا ثم ملك إما ان يقصد المبادلة بين المالين بعد انتقال المبيع اليه ـ بأن يكون الانشاء فعليا والمنشأ امراً استقباليا كما في الوصية ـ وحينئذ يكون قاصداً لحقيقة البيع ، الا ان الاشكال فيه انما هو من جهة التعليق المجمع على بطلانه ـ أعني التعليق على مالا يكون البيع معلقا عليه في نفسه فتأمل ـ وإما يقصد المبادلة الفعلية ، وحينئذ لايكون قاصداً لحقيقة البيع الذي هو عبارة عن تبديل طرفي الاضافة كما ذكر المحقق التسترى ، ولا يجري فيه ماذكر في بيع الغاصب ، لأن البائع لايرى نفسه مالكا وطرفا للاضافة حتى ادعاءاً فكأنه ينشأ هبتين مجانيتين لا المبادلة بين

المالين ، فلا يصح ولو أجاز المالك أيضا لعدم تحقق البيع ليلحق به الاجازة .

(وبالجملة) البيع وان لم يكن متقوما بالمالكين بل هو متقوم بالمالين - كما ذكرنا - الا انه عبارة عن المبادلة بين المالين فى جهة الاضافة ، فلا بد من قصدها عند الانشاء ، فاذا باع غير المالك مال غيره لنفسه فان كان يري نفسه طرفا للاضافة إما عدوانا كما في الغاصب وإما من جهة الخطأ واعتقاد أنه ملك له ، كما قد يتيقن ذلك في المال المودع عند شخص كان قاصد لحقيقة البيع ، غاية الأمر كان مخطئا فى تطبيقه ، فيصح اذا اجاز المالك (وأما) إن لم يكن بانيا على انه طرف للاضافة ومع ذلك باع الشيء لنفسه وقصد خروج المال عن ملك شخص ودخول عوضه في كيسه فهو غير قاصد للبيع اصلا ، ولا يكون قابلا للصحة لا باجازة المالك الأصلي ولا باجازة نفسه بعد ما يملك .

(هذا كله) استدراك للوجه الأول ، فنرجع الى ما كنا فيه من الوجه الثاني ، وقد ذكرنا أن المصنف جعله منحلا الى وجهين : احدهما اعتبار رضا المالك حين البيع ، والثاني اعتبار قدرة البائع على التسليم (واجاب عن الأول) بأن المستفاد من أدلة اعتبار الرضا ليس الا اعتباره من المالك المجيز حين الاجازة واستناد العقد اليه (وعن الثاني) بأن القدرة على التسليم وإن كانت معتبرة حين البيع الا انه لابد وأن يقدر مفروض الوجود في المقام ، فان الكلام في صحة الفضولي إنما هو في فرض استجماع العقد لجميع الشروط عدا رضا المالك ، فكأنه « قده » التزم بالبطلان في المقام اذا لم يكن المالك قادراً على التسليم من حين البيع .

(ونقول) لاوجه لهذا الالتزام ، وذلك لأنه لم يرد دليل خاص على اعتبار القدرة على التسليم بعنوانها ، بل دليل اعتباره منحصر بالاجماع والغرر (أما الاجماع) فلابد من الاقتصار فيه على المتيقن ، وهو اعتبار القدرة على التسليم حين تحقق حقيقة البيع ، واستناده الى المالك وهو زمان الاجازة لا من حين الانشاء (وأما

قوله (قده) : الثالث - ان الاجازة حيث صحت كاشفة - الخ(١)

النهي عن الغرر) فموضوعه الخطر ولاخطر من عدم قدرة المالك على التسليم قبل تحقق الاجازة ، وإنما يلزم الخطر منها بعد تحقق حقيقه البيع - فلابد من ثبوت القدرة على التسليم من حين الاجازة لاحين العقد - (وبالجملة) المنهي عنه هو البيع الغرري لا العقد الغرري ، فاذا لم يكن فى البين غرر حين الاجازة لامانع من الصحة .

ثم لايخفى) أن ماهو شرط صحة البيع هو القدرة على التسليم ، وأما التسليم الخارجي فهو شرط ارتكازي في ضمن البيع ، وتخلفه يوجب الخيار لا البطلان .

الوجه الثالث

(١) حاصله ان مقتضى العمومات هو أن الاجازة كاشفة عن تحقق المبادلة من حين صدور العقد ، فاذا فرضنا صحة البيع في المقام لا محالة تكون الاجازة كاشفة عن دخول المال في ملك المشتري من حين صدور العقد ، وفي ذاك الوقت لم يكن داخلا في ملك المجيز ليخرج عنه الى المالك المشتري ، فيكون الخروج قبل الدخول ، ومن الظاهر توقفه عليه .

(وأجاب عنه) المصنف بأن الاشكال مبني على ان تكون الاجازة كاشفة عن الملك من حين العقد ، وليس كذلك بل المراد بالكشف كشفها عن الملك من حين القابلية ، ففيما نحن فيه تكون الاجازة كاشفة عن ثبوت الملك من حين انتقال المال الى المجيز ، ثم ذكر فى طي كلامه أن المقتضي للصحة فى المقام موجود - وهي العمومات - ولامانع عن الصحة سوى رضا المالك المجيز ، فاذا تحقق رضاه يكشف ذلك عن ثبوت الملكية من أول أزمنة القابلية ولا يلزم من الالتزام بالكشف بهذا

المعنى محال عقلي ولاشرعي (ثم ذكر) ان المقام لايقاس بما اذا خصص المالك المجيز الاجازة بزمان متأخر عن العقد بأن اجازه من حين الاجازة ، فان البطلان هناك كما لايستلزم الفساد في المقام لأن العقد هناك قابل لترتيب الأثر عليه من حينه بخلاف مانحن فيه الذي لاقابلية لحصول الملك الافي زمان متأخر عن البيع - انتهى.

(واورد) المحقق النائيني على ماذكره من عدم المانع عن الصحة بما حاصله ان المانع عنها موجود ، وهو بيع المالك ، فانه رد للبيع الأول . وبعبارة اخرى : يعتبر فى قابلية العقد للحوق الاجازة به أن لايفصل بينه وبين الاجازة مايسقطه ، وفي المقام بيع المالك الأول يكون رداً للبيع ، فلاموضوع لاجازة البائع بعد ماملك وقد مر أن المالك كما له إجازة العقد الواقع على ملكه له رده واسقاط الأمر الاعتباري الذي وجد في ماله .

وفيه : (أولا) لو سلمنا أن للمالك رد البيع الواقع على ماله واسقاطه لأنه من شؤون سلطنة الناس على أموالهم الا ان موضوع قوله عليه السلام « الناس مسلطون على أموالهم » هومال شخص الانسان لامال غيره ، فليس للمالك الأصلي إسقاط العقد الواقع على مال غيره بقاءاً كما في المقام (وثانياً) ان هذا إنما يجري فيما اذا ملك البائع ماباعه في الشراء ولا يجري فيما اذا ملكه بالارث .

(ومن الغريب) ماذكره المحقق المذكور بعد ذلك من أن تأثير الاجازة فى حصول الملك لامن حين العقد يحتاج الى دليل ؛ وانه لايقاس مسألتنا على مسألة الأرث ، لأنه لو اجاز الوارث العقد الواقع على ملك مورثه تؤثر اجازته على الكشف من حين العقد ولا يمكن الالتزام به فى المقام - انتهى .

وأما ماذكره المصنف من التفرقة بين المقام وبينما اذا خصص المالك المجيز الاجازة بزمان متأخر عن العقد فغير تام ، لجريان وجه البطلان هناك في المقام ، اذ الوجه فيه ليس الا أن المنشأ بالعقد إنما هي الملكية المطلقة من حين العقد ، فاذا

قوله (قده) : الرابع - ان العقد الاول (١)

تعلقت الاجازة بالملكية المتأخرة عنه لم تتعلق الاجازة بما وقع ، فما وقع لم يجز وماجيز لم يقع ، وفي المقام أيضاً يجري هذا الوجه ، لأنه اذا سئل المشتري من أيّ زمان اشتريت ؟ اجاب بأني اشتريت من حين العقد ، والمفروض عدم تعلق الاجازة بالملكية من حين الشراء ولو كان ذلك لمانع شرعي ، فلو قلنا بالبطلان هناك لابد من القول به في المقام أيضاً .

الوجه الرابع

(١) حاصله ان صحة هذا العقد على الكشف يستلزم كون المال ملكاً لشخصين في زمان العقد : احدهما المشتري ، والآخر المالك الأصلي ، وهو مستحيل (وبعبارة اخرى) يلزم من مالكية المشتري عدم كونه مالكاً ، وذلك لأن المشتري انما يتلقى الملك من المجيز ، وهو يتلقاه من المالك الأصلي ، فملكية المشتري متوقفة على مالكية الأصيل - أي المالك الأول - مع ان مالكيته بنفي مالكية المالك الأصلي ، فيلزم من مالكية المشتري عدم مالكيته ، وهو محال .

(والجواب عنه) ان لزوم ذلك مبني على كاشفية الاجازة عن الملكية من حين العقد ، وقد عرفت فسادها ، وانما تكشف الاجازة عن الملكية من حين القابلية - وهو زمان انتقال المال الى المجيز - (الا انه يبقى اشكال عام) في جميع موارد الفضولي على الكشف ، وهو لزوم اجتماع مالكين على مال واحد في زمان البيع وهو المالك الأصيل ومن انتقل اليه المال ، وفي المقام يلزم ذلك من حين انتقال المال الى المجيز .

(وحاصل الاشكال الرابع) هو أن المفروض أن المال الواحد وقع عليه عقدان ، وصحة الأول منهما متوقف على صحة العقد الثاني ، والا لم يكن لاجازة العقد

الأول اثر في صحته اصلا ، وصحة العقد الثاني متوقفة على بقاء المال على ملك مالكه الأول ، وهو ينافي صحة العقد الأول ، اذ لازمه على الكشف خروجه عن ملك المالك الأصلي ودخوله في ملك المشتري أو الالتزام باجتماع مالكين على مال واحد في زمان واحد ، وهو محال لأنهما متضادان .

ثم ذكر المحقق التستري بعد بيان هذا الوجه : (فان قلت) مثل هذا لازم في كل عقد فضولي ، لأن صحته على الكشف تقتضي أن يكون المشتري مالكاً من حين العقد ، مع ان صحته متوقفة على بقائه فى ملك المالك المجيز لتنفذ اجازته والمفروض انه كاشف عن ملكية المشتري من حين العقد (واجاب عن ذلك) بأنه يكفي في الاجازة الملكية الظاهرة الحاصلة من الاستصحاب ، لأنها في الحقيقة رفع اليد واسقاط للحق ، ولايكفي الملك الصوري في البيع الثاني .

(واجاب الميرزا قده) عن الاشكال بالالتزام بمالكية كل منها وانه لامانع من ذلك لكونهما طوليّين ، كما فيما يملكه العبد ، فانه مملوك له ومملوك لمولاه أيضاً لكن طولاً (وفيه) ان الالتزام بذلك فى العبد وما يملكه وان كان ممكناً اذ لامانع من اعتبار مالكية ضعيفة للعبد تترتب عليها بعض الآثار واعتبار مالكية المولى للعبد ، فيكون مالكاً لمايملكه أيضا بالتبع ، نظير مالكية الله تعالى لعبيده وأملاكهم (الا ان ذلك) غير جار في المقام ، اذ لاطولية لملكية المشتري والمالك المجيز غير كون مالكية المشتري معلولة لمالكية المجيز ، والا فهما ملكيتان مستقلتان والتنافى بينهما واضح ، فما اجاب به « قده » غير تام .

(وأما) ماذكره التستري فأورد عليه المصنف بوجوه كلها صحيحة (أولا) ان المالكية الصورية غير كافية في الاجازة ، ولذا لو فرضنا أن مال احد بيع فضولة ثم باعه وكيله من شخص آخر ولم يعلم به المالك فأجاز البيع الفضولي لم تصح الاجازة مع ثبوت الملكية الاستصحابية له (وثانيا) أن الاجازة كالبيع لأنها اسناد

قوله (قده) : ان الإجازة المتأخرة (١)

العقد الواقع فضولة بالمالك ، فكأنه يبيع حقيقة بالاجازة ، فلا فرق بينهما وبين البيع (وثالثا) نسلم أن الاجازة اسقاط حق ، الا ان اسقاط الحق انما يتم فى الحق المتعلق بمال نفسه لابمال غيره .

(ثم) ان المصنف كأنه التزم بالاشكال على القول بالكشف الحقيقى ، ولكن الظاهر انه لاوجه للالتزام به (وذلك) لأنه لوقام دليل على الكشف كذلك لحكمنا بعدم اعتبار الملكية الحقيقية في المجيز ، اذ لامانع من ان يعتبر الشارع اجازة الأجنبي في صحة الفضولي ، لكن الأجنبي الذي باجازته يكون اجنبياً ولولم يجز يكون مالكاً فيكفي في المجيز الملكية لولا الاجازة ، فبالاجازة يستكشف ان المال كان ملكاً للمشتري من حين العقد وخارجاً عن ملك مالكه الاول كذلك. هذا كله في دفع الاشكال العام ، وأما دفع الاشكال الوارد في المقام فقد مر جوابه ، فلا نعيد .

الوجه الخامس

(١) حاصله : ان البيع الثاني بما انه واقع على مال المشتري على الكشف فصحته تتوقف على اجازته ، والمفروض ان اجازته ايضاً متوقفة على صحة العقد الثاني ، فيتوقف كل منهما على الآخر ، وهو محال . ثم يلزم أيضاً تملك المشتري للمبيع بلا ثمن او مع شيء زائد أو بأنقص من الثمن . مثلا : اذا فرضنا انه اشترى البايع بدرهم فبما أن البيع الثاني وقع على ماله كان ثمنه ملكاً له ، فان كان الثمن فيه أيضاً درهماً ملك المبيع بلا ثمن ، وان كان ازيد ملك الثمن والمثمن مع شيء زائد ، وان كان نصف درهم مثلا ملكه بنصف درهم .

(واجاب) عنه المصنف بأن كل ذلك مبني على كاشفية الاجازة عن ملك

قوله (قده) : السادس ان من المعلوم (١)
قوله (قده) : السابع الأخبار المستفيضة (٢)

المشتري من حين العقد ، وقد مر فساده وهو صحيح كما هو ظاهر .

الوجه السادس

(١) هذا الوجه ـ اعني كون البيع الثاني من المالك رداً فعلياً للبيع الأول ـ قد تقدم تفصيله فلا نعيد (ويرد) عليه أولا ان الرد إنما يكون مانعاً عن اجازة الراد لا غيره وفي المقام المجيز غيره (وثانياً) ان الرد وابطال العقد وان كان من شؤون سلطنة الناس على اموالهم فهو مختص بمال نفسه لامال غيره ، وفي المقام يكون المال بقاء ملك البائع الأول (وثالثاً) ان البيع ليس رداً وانما هو معدم لموضوع الاجازة بالقياس الى البائع ، فلا مجال معه لاجازته لا بالقياس الى شخص آخر ، وهو المشترى منه .

الوجه السابع

(٢) الروايات الواردة في المقام على طوائف ثلاث : (١) (الأولى) ماتكون صريحة في البيع الشخصي كروايتي ابن الحجاج ، أي يحيى بن الحجاج وخالد بن الحجاج (الثانية) ماتكون ظاهرة في البيع الكلي كصحيحة معاوية بن عمار قال : سألت ابا عبد الله عليه السلام يجيئني الرجل فيطلب بيع الحرير ـ الحديث ، فان المراد بالحرير إما الابريسم وإما الثوب المنتوج منه (الثالثة) ماتكون عامة تشمل

(١) ذكرها في الوسائل ج ١٢ باب ٧ و ٨ ص ٣٧٤ .

البيع الشخصي والكلي كقوله صلى الله عليه وآله وسلم « لاتبع ماليس عندك » فان النكرة في سياق النهي ظاهره فى العموم ، فيعم الشخصي والكلي .

ولايبعد أن تكون صحيحة ابن مسلم من قبيل البيع الشخصي ، فان قول الرجل فيها « ابتع لي متاعاً لعلي اشتريه منك بنقد أو نسيه » لايمكن أن يكون هو الذي اشتراه المشتري ، بأن يكون المشتري نكرة كما هوظاهر لفظ المتاع مع التنوين ، بل انما سأل السائل هذا العنوان من باب أن متاعاً دون متاع لاخصوصية له من حيث الحكم الشرعي ، لا أن المشتري اراد منه شراء متاع على التعيين ، بل الظاهر ان المشتري شخص مايبتاعه البائع ، وهو مرجع الضمير في قوله « لعلي اشتريه منك » .

(وكيف كان) الطائفة المطلقة لاوجه لحملها على التقية ولا على الكراهة ، بل لابد من تقييدها بغير الكلي للقطع بجواز بيع الكلي خلافاً للعامة ، فانهم منعوا عن بيع الكلي الا في الصرف والسلم ، وقد نقض عليهم فى بعض الروايات بعدم الفرق بين بيع الصرف والسلم وبين غيره ، فاذا جاز بيع الكلي فيه جاز في غيره أيضاً ، فقوله عليه السلام « لاتبع ماليس عندك » كأنه مقيد بكلمة الاستثناء « الا في بيع الكلي » .

(وأما الطائفة الظاهرة في بيع الكلي) فلا مناص من حملها على التقية أو على الكراهة لما عرفت .

(وأما الطائفة الثالثة) - أعني الصريحة في بيع العين الشخصية - فظهور النهي في بعضها واثبات البأس في بعضها الآخر في الفساد غيرقابل للانكار ، وانما الكلام فى انها تحمل على فساد البيع غير مبني على الاجازة من المالك ، بمعنى عدم ترتب الأثر على مجرد البيع ممن ليس بمالك ، ولاينافى ذلك ترتب الأثر عليه بعد الاجازة ، وهذا الحمل هو الذي حكاه المصنف وان لم يرتضه .

(والظاهر) انه خلاف الظاهر ، ولا وجه له ، لأن إطلاق البيع يعم مابعد الاجازة أيضاً ولا وجه لتقييده ، ويشهد لذلك ابتناء نفي البأس فى بعض الأخبار

قوله (قده) : غير مترتب لإجازة المالك (١)

على عدم تحقق الالتزام المعاملي من طرف المشتري ايضاً ، كقوله عليه السلام « اليس ان شاء اخذ وان شاء ترك ؟ قلت : بلي . قال : لابأس » والمراد به الالتزام الشخصي من المشتري لا اللزوم الشرعي لما ذكرناه من جواز المعامله الفضولية من طرف الأصيل أيضاً مالم تحصل الاجازة ، فورد نفي البأس ان لايتحقق التزام معاملي أصلا دون ما اذا تحقق ذلك ، فان فيه بأس مطلقا ولو مع لحوق الاجازة .

(ثم لايخفى) ان ماذكرناه غيرمستلزم لفساد بيع الفضولي ، وذلك لأن البيع فيه يكون للمالك لالغيره وباجازته يستند اليه ، فليس من بيع ماليس عنده ، وهكذا في بيع الغاصب فانه أيضاً يقصد تبديل طرفى الاضافة ويبيع للمالك ، غايته يدعي نفسه مالكاً عدواناً فلا يكون مشمولاً للاخبار ، وهذا بخلاف من يبيع لنفسه فانه مصداق لمورد الفحص عن بيع ماليس عنده .

(ويؤكد ماذكرناه) مافي رواية الحسن بن زياد الطائي (١) قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : اني كنت رجلا مملوكاً فتزوجت بغير اذن مولاي ثم اعتقني فأجدد النكاح ؟ فقال : علموا أنك تزوجت ؟ قلت : نعم قدعلموا فسكتوا . قال : ذلك اقرار منهم ـ الخبر . فان عتق العبد فى نكاحه بمنزلة من يملك فيمن باع مال غيره ، ومع ذلك جعل عليه السلام صحته مبنية على كون سكوت المولى اقراراً منه لاعلى كفاية اجازة العبد بعد عتقه (فالصحيح في المقام) هوالمنع للوجهين السابقين ولهذه الأخبار ، وهي عمدة الوجوه .

(١) لا اشكال في أن القدر المتيقن من مورد الاخبار هو مااذا باع مال غيره منجزاً غير معلق على اجازة المالك ولاعلى الشراء منه ، كما انه أيضاً مورد استدلال

---

(١) هذه الرواية آخر رواية ذكرت فى الوسائل في هذا الباب ص ٥٢٦ ج ١٤ باب ٢٦ .

قوله (قده) : ولو باع عن المالك فاتفق انتقاله الى البائع فأجاز (١)

العلامة على الفساد بالغرر وعدم القدرة على التسليم ، وأما اذا باعه معلقاً على اجازة المالك أو على أن يشتريه منه او كان البيع منجزاً ولكن علق لزومه على احد الأمرين الذي مرجعه الى جعل الخيار لنفسه اذا لم يجز المالك أو لم ينتقل المال اليه بحيث لايجب عليه تحصيله فهو خارج عن مورد كلام العلامة كما افيد ، الا أن كون القدر المتيقن من مورد الأخبار صورة التنجيز لاينافى شمول اطلاقها لصورة التعليق ايضاً ، فان كل مطلق يكون له قدر متيقن ، فمقتضى اطلاق الأخبار المانعة عدم جواز بيع العين الشخصية لنفسه قبل أن يملكها الانسان مطلقا منجزاً أو معلقاً وان لم يكن في المعلق مانع عن الصحة من حيث الغرر ولامن جهة عدم القدرة على التسليم . هذا كله فيما اذا باع الانسان مالايملكه لنفسه .

(١) هذا الفرع ـ أعني ما اذا باع غير المالك للمالك ثم انتقل المال اليه بسبب قهري او اختياري فأجاز ـ وان كان خارجاً عن مورد بعض الأخبار المانعة عن بيع الانسان مالايملكه كالنبوي ، اذ المفروض فى المقام أن البيع يكون للمالك لاللبائع فلا يعمه المنع عن بيع ماليس عنده لظهوره في بيعه لنفسه لا للمالك ، الاان بعضها الآخر يعمه ، كقوله فى رواية ابن الحجاج « لاتواجبها قبل أن تستوجبها أو تشتريها » وقوله عليه السلام في صحيحة ابن مسلم « ليس به بأس انما يشتريه منه بعد مايملكه » فان المستفاد منها انه لابد وان يقع الشراء من المالك . وفى الفرع الشراء السابق لم يكن من المالك ، وبعد ماملك البائع لم يتحقق شراء منه ـ فتأمل ، فيكون داخلاً في مورد البأس ـ فتأمل ، فلاوجه لماادعاه المصنف من خروجه عن مورد الأخبار .

(هذا) مضافاً الى ان القاعدة فيه تقتضي البطلان ولو سلمنا عدم شمول الأخبار ، وذلك لأن البيع ـ وان لم يكن متقوماً بالمالكين بل هو مبادلة بين المالين ـ

قوله (قده) : لو باع لثالث معتقداً لتملكه (١)

الا ان المبادله لابد وأن تكون فى اضافة المالين ، أي الاضافة الشخصية الثابتة لشخص المالك لالكليه (وعليه) فما قصده البائع ـ وهو تبديل الاضافة الثابتة للمالك الأصلي ـ المفروض عدم تحققه وعدم تعلق الاجازةبه ، ومايتعلق بهالاجازة وهو تبديل الملكية الجديدة فهو غير منشأ بالعقد .

(وما) ذكره المصنف من امكان دفع هذا الاشكال بما اندفع به سابقاً الاشكال في عكس المسأله ، وهو مالو باعه الفضولي لنفسه فأجازه المالك لنفسه غير تام (وذلك) لأن فى بيع الغاصب لنفسه كان الغاصب قاصداً لتبديل الاضافة الشخصية الثابتة لشخص خاص ، غاية الأمر كان يدعي هوعدواناً ، وهكذا فيمن باع مال غيره لنفسه باعتقاد كونه له ، وهذا بخلاف المقام ـ فتأمل . فلا يقاس بشيء من الموردين ، ولعله لهذا أمر المصنف بالتأمل .

(١) هـــذا هو النوع الثالث ـ أعني ما اذا باع غير المالك لشخص اجنبي لالنفسه ولاللمالك معتقداً كونه مالكا ثم ملك فأجاز فهل يصح ذلك ام لا ؟ بما ذكرناه ظهران الصحيح فيه هو الفساد أيضاً ، لما عرفت من ان ماانشأ بالعقد هو تبديل طرف الاضافة ، وهوشخص المالك الأصلي ولم يتعلق به الاجازة (وبالجملة) لابد في صحة العقد الفضولي من كون المجيز هو المالك حين العقد بسبب قهري او اختياري فأجاز فسد البيع .

(ومن الغريب) ماذكره الميرزا من التفصيل بين مورد الارث وغيره ، وذهابه الى صحة البيع فى الأول ، بتخيل أن الوارث بمنزلة المورث فاذا أجاز يستكشف منه صحة البيع من زمان حياة المورث ، فانه أي دليل قام على التنزيل وليس في البين الا ان ما تركه الميت فلوارثه . وأما التنزيل فلم نعثر له على دليل ، والصحيح مابيناه .

قوله (قده) : وهي ما لولم تجز المالك (١)

(١) أما بناءاً على فساد بيع من باع شيئاً ثم ملك فأجاز فلا ينبغي البحث عن هذا الفرع ـ أعني من باع شيئاً ثم ملك فلم يجز البيع ـ فانه فاسد بالأولوية ، وأما لو بنينا على صحة البيع في فرض الاجازة فيقع الكلام في ذلك : والبيع فيه تارة يكون للمالك واخرى لنفسه ، أما اذا باع للمالك فملك ولم يجز فالفساد مما لااشكال فيه (وذلك) لعدم صدور التزام منه بالمبادله اصلا ، اذ المفروض انه باع عن المالك لاعن نفسه ، وهذا واضح .

وأما اذا باع لنفسه فربما يقال فيه بالصحة تمسكاً بعموم « أوفوا بالعقود » ، فانه لم يكن شاملا له قبل أن يملك لكونه اجنبياً ، فيعمه « اذا ملك » . ولكن الصحيح فيه ايضاً هوالفساد ، لأن البائع يقصد المبادلة بين ملكه ومال شخص آخر وانما قصد دخول الثمن في كيسه بأزاء خروج عوضه عن كيس شخص آخر ، فهو لم يقصد حقيقة البيع .

وأما « أوفوا » فهوخطاب متوجه الى الملاك ، والبائع حين البيع لم يكن مالكاً ليكون مخاطباً بالوفاء ، وبعد ماملك لم يصدر منه بيع ، فهذا البيع خارج عن عموم « اوفوا بالعقود » بالتخصص لا بالتخصيص .

(ومن هنا) يظهر ما ذكره المصنف من أن المقام مقام استصحاب حكم الخاص لا مقام الرجوع الى حكم العام ، فان الدوران بين الأمر انما يكون فيما اذا خرج فرد من افراد العام عن حكمه بالتخصيص في زمان ثم شك بعد ذلك فى دخوله تحت العام ، وأما الخروج عن العام فيمانحن فيه فهو بالتخصص لا لتخصيص (ثم) لوتنزلنا عن ذلك وقلنابشمول عموم « أوفوا » لهذا البيع فلابدمن تخصيصه ورفع اليد عنه بقوله سبحانه « الا أن تكون تجارة عن تراض » ، فان المفروض عدم رضا البائع بعد ماملك ، فيدخل تحت عنوان اكل المال بالباطل .

قوله (قـــده) : الثالثة مالو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف (١)

(هذا) مضافاً الى ان الأخبار المانعة عن بيع ماليس عندك كافية في اثبات فساد هذا البيع ، بل هو القدر المتيقن من موردها ، لأنه بيع غير المالك مال الغير لنفسه مع عدم الاجازة اذا ملكه (نعم) هناك فرع رابع ، وهو ماذا باع مال غيره معلقاً على تملكه فانه غير محتاج الى الاجازة بعد حصول الملك مع قطع النظر عن كون التعليق فيه مفسداً ، اذ البيع في ظرف فعليته مستند الى المالك ولاحاجة فيه الى الاجازة .

(ومن الغريب) ماذكره الميرزا « ره » من انكار الفرق بين فرض الاجازة وعدمها ، فان قلنا بالصحة لابد منه فى كلا الفرضين ، وكذا لو قلنا بالفساد (وذلك) لأن الاجازة في الفضولي انما يحتاج اليها إمامن جهة حصول الرضا أو من جهة تحقق الاستناد بها ، وكلا الأمرين ثابت في الفرض بدون الاجازة ، فان المالك هو الذي باع المال لنفسه بطيب نفسه (وفيه) انالاجازة وان كان اعتبارها من جهة الاستناد الا أن المعتبر استناد العقد الى المالك بعد مامللك وهو غير حاصل قبل الاجازة ، فلا مانع مع قطع النظر عما تقدم من القول بالصحة فى فرض الاجازة والقول بالفساد في فرض عدمها .

(١) هذه المسألة كما ذكر المصنف تتصور على اربعة صور : لأن انكشاف جواز التصرف تارة يكون بانكشاف كونه ولياً ، والمراد بالولاية مايعم الاذن والتوكيل لاخصوص الولاية الشرعية ، واخرى بانكشاف كونه مالكاً ، وعلى التقديرين تارة يبيع للمالك واخرى يبيع لنفسه .

(الأولى) ان يبيع عن المالك فينكشف كونه ولياً - كما اذا باع شخص مال طفل فبان كونه ولده - والظاهر فيه الصحة ، لأنه عقد صادر من الولي والمفروض

قوله (قده) : الثانية ان يبيع لنفسه (١)

استجماعه لبقية الشروط أيضاً ، الا انه حكي عن القاضي براج التفصيل في بيع العبد المأذون في التجارة مع عدم وصول الأذن اليه ، بينما اذا أبرز المولى اذنه لشخص آخر فيصح بيعه وبين ما اذا لم يبرز لأحد اصلا فيفسد . ولم نعرف لذلك وجهاً ، فانا وان لم نكتف في الاستناد وخروج العقد عن الفضولية بمجرد الرضا الباطني الا انه يكفي فيه الرضا المبرز وان لم يصل الى المأذون ولا الى غيره ، فاذا فرضنا ان المولى كتب الى العبد يأذنه في التجارة وهو باع ماله قبل وصول الكتاب اليه صح بلا اشكال ، لأن مجرد الكتابة مبرز للرضا خصوصاً في بيع العبد مال نفسه الذي هو محل الكلام ، فانه كما ذكرنا لاقصور فيه الا من ناحية رضا المالك المعتبر فيه شرعاً ، فلا حاجة فيه الى الابراز اصلا .

المسألة الثانية

(١) اذا باع مال غيره لنفسه فبان كونه مأذوناً من قبل المالك فى البيع عنه فمن حيث صحة العقد لااشكال ، لماعرفت من عدم تقوم البيع الا بالمالين فقصد بيع مال الغير لنفسه قصد لغو لايضر ولاينفع ، فالبايع قاصد لحقيقة البيع والمبادلة بين المالين ، والمفروض كونه مأذوناً فيه .

وأما من حيث توقفه على الاجازة فوجهان : ربمايتوهم توقفه عليها بتخيل أن ماوقع في الخارج - وهو البيع لنفسه - لم يكن البائع مأذوناً فيه ، لأن البائع انما كان مأذوناً في البيع للمالك لا البيع لنفسه ، فلم يقع البيع على الوجه المأذون فيه ، فلابد من الاجازة في صحة البيع . وبعبارة اخرى كانت الحيثية تقييدية لاتعليلية (وفيه) ان الاجازة أيضاً لاتتعلق بما وقع وانما تتعلق بالبيع للمالك الذي تعلق

قوله (قده) : الثالثة أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكاً (١)

الاذن به أيضاً ، فاذا أثرت الاجازة اللاحقة فيه فالاذن السابق أولى بالتأثير .

(وبالجملة) الأمر في هذا البيع دائر بين الصحة بدون الحاجة الى الاجازة والفساد حتى مع الاجازة ، فان قصد وقوعه لنفسه ان كان لغواً صح بلا حاجة الى الاجازة والا فسد مع الاجازة أيضاً لتعلقها بغير ماوقع فى الخارج .

المسألة الثالثة

(١) مثاله المعروف مالوباع مال ابيه له معتقداً حياته فبان كونه ميتاً وانتقال المبيع اليه بالارث ، والكلام فيه يقع فى مرحلتين :

(المرحلة الأولى) فيحكمه من حيث الصحة والفساد ، والأقوال فيهاربعة : الصحة مطلقا من غير حاجة الى الاجازة ، والبطلان كذلك ، والصحة مبنية على الاجازة ، والصحة الجائزة . والفرق بين الأخيرين ظاهر ، فانه على الأخير يكون البيع صحيحاً ولو لم يجز المالك غا يته اذا فسخ يحل البيع من حينه ، وهذا بخلاف سابقية فان صحة البيع عليه يكون مبنياً على الاجازة فلو لم يجز فسد من الأول . والمشهور بين الأصحاب الموافق للقاعدة هو الصحة ، لما عرفت من ان قصد وقوع البيع عن الغير لايقدح كما لايقدح ذلك في بيع الغاصب ومن اعتقد كونه مالكاً لشيء ولم يكن مالكاً ، فهو بيع صادر من اهله واقع في محله .

وما ذكره فخر المحققين في الايضاح من الوجوه الثلاثة للبطلان غير تام كما ذكر المصنف : (أما الوجه الأول) ـ وهو انه قصد البيع عن الأب لاعنه ـ فقد عرفت الجواب عنه وان البيع غير متقوم بالمالكين وانما هو متقوم بالمالين ،

والمفروض انه قصد المبادلة بينهما حقيقة ، وقصد كونه عن غيره قصد لغو ، ولذا لم يستشكل احد فيما اذا باع الفضولي مال عمرو معتقداً كونه لزيد فأجاز مالكه وهو عمرو في أنه يقع البيع له . (وأما الوجه الثاني) ـ وهو ان البيع حينئذ وان كان منجزاً صورة الا انه معلق على موت المورث واقعاً (ففيه) انه يناسب الفرع الرابع ، وهو ما اذا باع لنفسه فبان كونه مالكاً ، وأما في هذا الفرض فاي معنى لتعليق البيع على موت المالك مع انه يبيع له ، ولعل ماذكره في المقام من سهو القلم هذا مضافاً الى ان التعليق على فرض ثبوته صوري لاواقعي . (وأما الوجه الثالث) وهو كون البائع عابثاً في بيعه اذا كان عالماً بان المال ليس له (ففيه) انه لايستلزم العبث واللغو في الالتزام المعاملي والا لزم فساد البيع الفضولي مطلقا (نعم) من حيث اللزوم الشرعي يمكن أن لايكون قاصداً حقيقة ، وهذا معنى ماذكره الشهيد في المسالك من ان المكره والفضولي قاصدان للفظ دون المعنى ، الا ان هذا خارج عن حقيقة البيع . هذا كله في اصل الصحة .

(وأما المرحلة الثانية) ـ أعني توقفه على الاجازة ـ فربما يدعى عدم توقفه عليها ، لأن المالك هو المباشر للعقد ، وأي اجازة اقوى من صدور العقد من المجيز كما ربما يدعى توقفه عليها ، كما عن المحقق « قده » بدعوى ان البائع لم يقصد نقل الملك ، وانما قصد نقله مبنياً على اجازة المالك ، فلابد من الاجازة .

(وليعلم) ان هذا هو مراد المحقق من قوله انه لم يقصد البيع الناقل للملك من الاذن بل مع الاجازة لامن حيث زمان العقد اوزمان الاجازة كما تخيله المصنف فأورد عليه بمنافاته لما بني عليه المحقق من كون الاجازة كاشفة عن نقل الملك من حين العقد ، وعليه فقصد البائع للنقل من حين الاجازة يكون موجباً للفساد ، فلا وجه لهذا الايراد أصلا على مابيناه (ولكن) يرد على اصل الاستدلال ان كون البيع مبنياً على الاجازة او غير مبني عليها ليس دخيلا في حقيقة البيع ليعتبر قصده

او يقدح قصد خلافه ، وانما هو من الأحكام الشرعية فاعتبر شرعاً في صحة العقد الواقع على مال الغير لحوق الاجازة من المالك ، ولعل هذا هو مراد المحقق من قوله « الا ان يقال » الخ .

(هذا) ولكن مع ذلك الصحيح توقف هذا البيع على الاجازة ، لما افاده المصنف من ان الخطاب في « أوفوا بالعقود » متوجه الى الملاك ، فيكون منصرفاً الى العقد المنتسب الى المالك بما انه مالك بهذا العنوان ، وكذلك «التجارة عن تراض» وهكذا دليل « لايحل مال امرىء مسلم الاعن طيب نفسه » فالمستفاد من جميع ذلك اعتبار رضا المالك في حل ماله بعنوان انه مالك ، فاذا لم يكن ملتفتاً الى كون المال له ليس رضاه بعنوان كونه مالكاً ، وان كان رضا ذات المالك متحققاً ، وهذا نظير التكلم فى اثناء الصلاة غفله عن كونه في الصلاة ، فان التكلم ـ وان كان عمدياً ـ الا ان التكلم فى الصلاة بهذا العنوان ليس عن عمد ، وهكذا الأكل في نهار رمضان ، فان ذات الأكل ـ وان كان عن عمد ـ الا انه ليس الأكل في نهار رمضان بهذا العنوان عن عمد ، ولذا لايحكم به ببطلان الصوم او الصلاة ، وهذا التنظير ذكره الميرزا وهو تنظير حسن .

(وبالجملة) ظاهر الأدلة اعتبار رضا المالك واستناد التجارة اليه بعنوان كونه مالكاً ، ولا يتحقق ذلك الا باجازة البيع بعد علمه بأنه مالك ، والأمثله التي ذكرها المصنف بعضها شاهد على ماذكرنا وبعضها مؤيدله ، أما الشاهد فهو مامثل به من انه لو أقدم احد لغيره طعاماً أوشيئاً آخر وأباح له التصرف فيه معتقداً كونه لغيره والمأذون يعلم بأنه ليس له التصرف فيه ، وأما المؤيد فهو ماذكره فيما اذا أعتق عبده باعتقاد انه عبد الغير أو طلق زوجته باعتقاد كونها زوجة الغير فانه لاينعقد العقد والطلاق ، والوجه في كونها مويداً لاشاهداً إمكان الفرق بين الطلاق والعتق وبين البيع لأن الزوجة مقوم في الطلاق والعبد مقوم في العتق ، فلايقاس بالبيع الذي

قوله (قده) : ثم انه ظهر مما ذكرناه (١)

قولو (قده) : ثم ان الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقفة على القول بصحة للعقد الفضولي (٢)

هو متقوم بالمالين لا المالكين .

(١) قد عرفت أن احد الأقوال في المسألة صحة البيع متزلزلا فللمالك خيار الفسخ لا الاجازة وقد نسب هذا القول الى صاحب الجواهر مستدلا على ثبوت الخيار بقاعدة لاضرر ، وعلى الصحة بالعمومات والجمع بينهما يقتضي الصحة مع ثبوت الخيار (وفيه) كما ذكره المصنف ان الضرر إن كان لعيب فى احد العوضين او لنقصان قيمته السوقية عما بذل بأزائه فلا محالة يكون لزوم البيع ضرريا ، فينتفي بحديث لاضرر ويثبت الخيار ، وأما ان كان الضرر في نفس انتقال مال الشخص عن ملكه بدون رضاه فحديث لاضرر يقتضي بطلان البيع رأساً بدون لحوق اجازة المالك ورضاه لا الخيار .

(وبالجملة) تارة يكون اصل صحة البيع مفروغاً عنه ويكون لزومه ضرريا، فيتمسك بحديث لاضرر لنفيه ، وأما اذا لم يكن البيع صحيحا في نفسه فلا مجال لرفع لزومه بلا ضرر (وبعبارة اخرى) اذا كانت العمومات شاملة للبيع حدوثا وكان بقاؤه ضرريا يتمسك بحديث لاضرر ويخصص به العام أو المطلق ، فالتمسك بلا ضرر انما هو لتخصيص العام الشامل للمورد لولا حديث لاضرر ، وأما اذا لم تكن العمومات شاملة للبيع في حد نفسها ـ كما في المقام لما عرفت من انها خطاب الى الملاك فلا يعم البيع مالم يكن مستنداً الى المالك بما انه مالك ـ فأي معنى للتمسك بحديث لاضرر وأي عام يخصص به .

(٢) فيمكن القول بصحة البيع فيما نحن فيه وان قلنا بفساد العقد الفضولي ، وذلك لأن عمدة ما استند عليه في بطلان العقد الفضولي إنما هو ماورد في المنع عن

بيع ماليس عندك ، وقد أجبنا عن ذلك بأن البيع بعد الاجازة يكون بيع المالك ، فاذا فرضنا عدم تمامية هذا الجواب والتزامنا بفساد الفضولي لايستلزم ذلك القول بفساد البيع في المقام لأنه بيع المالك واقعاً ، فليس من بيع ماليس عنده كما هو ظاهر.

(نعم) لو تمسكنا لفساد الفضولي بقبح التصرف في مال الغير عقلا وحرمته شرعاً وان العقد على مال الغير تصرف فيه جرى ذلك في المقام ، لأن بيع مايعتقد البائع كونه للغير قبيح أيضاً لأنه تجري فيكون فاسداً . هذا ولكن من الظاهر انه انما يتم لو قلنا بحرمة التجري شرعاً ، وأما على المختار من كونه قبيحاً عقلا فقط فلا يجري فيه هذا الوجه ايضاً .

(وقد تحصل من جميع ماذكر) صحة البيع في هذا الفرع بمقتضى العمومات والاطلاقات وتوقفه على الأجازة لاعتبار رضا المالك به بعنوان انه مالك على مااستظرناه من الأدلة ، وعلى هذا يختص الحكم بالصحة في أمثال المقام بما اذا كان المنشأ قابلا للحوق الاجازة كالعقود ، وأما اذا لم يكن قابلاً لها كالإيقاعات بناءاً على قيام الاجماع على عدم قابليتها للاجازة فلا مناص فيها من البطلان ، كما في مثال عتق العبد باعتقاد أنه للغير فبان كونه له ، وطلاق الزوجة باعتقاد انه زوجة الغير المتقدمين ، فلابد فيهما من الحكم بالبطلان رأساً بناءاً على التوقف على الاجازة كما اخترناه .

(نعم) من قال في الفرض بالصحة مطلقا غير متوقفة على الاجازة أمكنه القول بالصحة فيما كان من قبيل الايقاعات أيضاً .

قوله (قده) : الرابعة - أن يبيع لنفسه (١)

قوله (قده) : الأول - يشترط فيه كونه جامعاً (٢)

المسألة الرابعة

(١) صحة البيع في هذه الصورة واضحة على ماتقدم في الصورة السابقة عليها ، بل الظاهر عدم توقفه على الإجازة أيضاً ، وذلك لأن البائع لنفسه يبني على انه مالك فيرضى بالبيع بعنوان انه مالك ولو ادعاءاً . مثلا : اذا فرضنا ان أحد المتقامرين ربح في القمار وكان ماحصله في الواقع عين مااخذه الطرف منه بالقمار قبل يوم مثلا وهو لايعلم به فباعه ، فانه في هذا الفرض يرى نفسه مالكاً باعتبار نفسه بل بحسب اعتبار العرف والعقلاء حتى المسلمين الغير المتشرعين ، فانهم يعتبرون الملكيه في هذه المواقع وأمثالها ، ولذا يعدون ما حصله الانسان بهذه الأسباب من أملاكه وأمواله ، فهو في اعتباره المعاملي قاصد للمبادلة في هذه الملكية وبعنوان كونه مالكاً ومجرد انه يرى نفسه غير مالك في حكم الشارع لكونه متشرعاً لاينافي طيب نفسه بالمبادلة بعنوان انه مالك بحسب اعتباره ، ولايعتبر في شمول العمومات اكثر من هذا - فتأمل . إذ يصدق حينئذ أن التجارة ناشئة عن رضا المالك بها بما هو مالك، فلا حاجة فيه الى الاجازة بعد التفاته الى انه مالك شرعاً ايضاً .

شرائط العقد المجاز

(٢) بعد الفراغ عن شرائط المجيز شرع في شرائط العقد المجاز . لا اشكال في انه يعتبر في صحته كل مايعتبر فى صحة العقد عدى رضا المالك ، فان الاجازة اللاحقة

لاتكون اقوى من الاذن السابق ، فاذا كان العقد فاقداً لبعض الشرائط المعتبرة فيه لايصح بالاذن السابق فضلا عن الاجازة اللاحقة ، بل لايصح اذا صدر من نفس المالك فضلا عما اذا لحقته إجازته .

(وبالجملة) الاجازة لاتصحح العقد الفاسد في نفسه ، وهذا ظاهر (وعليه) فلابد من أن يكون العقد واجداً لشرائط العقد . كما يعتبر أن يكون واجداً لشروط المتعاقدين بما هما متعاقدان ، وأما شرائط العوضين فكذلك ، بداهة انه لوباع نفس المالك ام الولد يفسد بيعه ولومات ولدها بعد البيع ، وهكذا لوباع الخمر فصار خلا بعد البيع فكيف ببيع الفضولي . كل ذلك من غير فرق بين القول بالكشف والقول بالنقل .

(نعم) مايعتبر في صحة العقد لابما انه عقد بل كان دخيلا في ترتب الأثر عليه مما هو معتبر في المالك كاعتبار أن لايكون المشتري للمصحف أو العبد المسلم كافراً أو شرط معتبر في ترتب الأثر على العقد لافي نفسه كالقدرة على التسليم فالمتبع فيه دليله ، أما القدرة على التسليم فهي معتبرة فى زمان وجوب التسليم ، وهو قد يكون زمان العقد وقد يكون زمان الاجازة وقد يكون متأخراً عنهما كما في بيع السلم بعد مدة طويلة متأخرة عن زمان الاجازة ، فلا يعتبر حينئذ القدرة على التسليم لافي زمان العقد ولافي زمان الاجازة ، فزمان اعتباره يختلف باختلاف الموارد .

وأما اعتبار كون مالك المصحف أو المسلم مسلما فدليله - بعد التسالم والاجماع - قوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المسلمين سبيلا » ، ولايستفاد منه الا عدم استيلاء الكافر على المسلم ، ولايتحقق الاستيلاء بمجرد العقد الفضولي أما على النقل فواضح ، وأما على الكشف فلان زمان اعتبار الملكية متأخر وان كان زمان المعتبر سابقاً ، فلا يلزم استيلاء الكافر على المصحف اذا صار مسلما حين الاجازة (نعم) لوقلنا بالكشف الحقيقي بنحو الشرط المتأخر المستحيل امكن القول

بالفساد اذا لم يكن مسلما حين العقد ولو اسلم حين الاجازة .

(ثم) هل يعتبر بقاء تلك الشروط الى زمان الاجازة أولا ، أما شرائط العقد فأنتفاؤها يكون بانتفاء الموضوع اذ لاعقد حين الاجازة ، وهكذا شرائط المتعاقدين ، فاذا فرضنا أن احد المتعاقدين جنّ حين الاجازة أو سفه لم يكن ذلك مخلا بصحة العقد ، اذ العقد السابق كان تاماً ولم يكن فيه قصور سوى الاستناد الى المالك .

(وأما) شرائط العوضين فظاهر المصنف اعتبار استمرارها الى زمان الاجازة على النقل دون الكشف ، ولكن الظاهر عدم اعتبار البقاء فيها حتى على النقل فضلا عن الكشف ، لأن كلامنا انما هو فيما يعتبر في العوضين من حيث النقل والانتقال لافيما يكون دخيلا في الملكية ، كما اذا تبدل الخل بالخمر قبل الاجازة ، فانه حينئذ لاتكون الاجازة مؤثرة ، لعدم كون المبيع مالا للمجيز وعدم كونه مالكاً له ، والمؤثر انما هو اجازة المالك .

وأما فيما ليس مانعاً عن الملكية وانما يكون مخلا بالنقل والانتقال ـ كما اذا فرضنا ان الأمة المبيعة فضولة لم تكن ام ولد حين الاجازة ـ فان ذلك لايوجب زوال الملكية عنها ، بل هي مملوكة بعد ذلك وتنتقل بالارث الى غير مالكها الأول غاية الأمر تنعتق من نصيب ولدها ، وهكذا اذا تنجس المبيع وكان مائعاً لايقبل التطهير قبل الاجازة فانه ايضاً لايوجب زوال الملكية وانما يمنع البيع على القول به .

(ومثل) هذه الأمور لايعتبر استمرارها الى زمان الاجازة حتى على القول بالنقل ، لأن النقل والانتقال السابق يستند بالاجازة الى المالك وان ترتب الأثر عليه من حين الاجازة ، وليست الاجازة مبادلة جديدة والمفروض ثبوتها حين تحققه ، وان كان ترتب الأثر عليه متوقفاً على لحوق الاجازة به .

(نعم) يبقى في المقام فرع ، وهو انه اذا سقط المبيع عن المالية بعد البيع ثم

قوله (قده) : الثاني - يشترط (١)

رجع اليها قبل الاجازة - كما اذا صار خمراً ثم صار خلاً - فانه يصح البيع حينئذ على الكشف ، لأن التبدل عليه يكون في مال المشتري ، ويفسد على النقل ، لأن الملكية او المالية حادثة عرفاً ولم يقع عليها المبادلة ليصح بالاجازة ، وماتعلق به البيع انعدم - فتأمل .

هل يعتبر العلم بالمجاز

(١) هل يعتبر في المجاز أن يكون معلوماً بالتفصيل للمجيز أو لايعتبر فيه ذلك فيكفي علمه الاجمالي بوقوع عقد على ماله قابل للاجازة ولو مبهما الا اذا كان الابهام بحد يضر في التوكيل أيضاً كتوكيل الغير في شيء ماغير معين ؟ وهل يعتبر علم المجيز بتحقق عقد فضولي على ماله ، بأن تكون اجازته منجزة أو يكفي مجرد احتماله فيجيز تعليقياً ؟ فلابد من التكلم في مقامين ، ونقدم المقام الثاني لأن الأول من فروعه :

(فنقول) قد يقال بلزوم علم المجيز بوقوع العقد على ماله ، ولاتصح الاجازة التعليقية ، لأن الاجازة - وان لم تكن من العقود - الا انها بحكم العقد ، والتعليق فيه موجب للبطلان (وفيه) أولا - لم يقم دليل على مبطلية التعليق فيما يكون بحكم العقد ، وانما دليله الاجماع فيقتصر فيه على الميتقن . وثانياً - التعليق في المقام تعليق على الموضوع ، وهو غير مخل بالصحة على مامر مراراً .

(هذا) وربما يستدل على بطلان التعليق في الاجازة بأنها ايقاع ، ولامعنى للتعليق في الإيقاع (وفيه) انه لوسلمنا كون الاجازة ايقاعاً الا أن التعليق في الإيقاع ايضاً غير مخل ، وقد وقع في بعض الموارد من غير أن يوجب البطلان ،

قوله (قده) : الثالث ـ المجاز اما العقد (١)

كما في التدبير والوصية ، فلا دليل على اعتبار العلم بوقوع العقد في صحة الاجازة .

(وأما المقام الثاني) فهو من فروع المقالم الأول ومن ثم قدمناه خلافاً للمتن، وذلك لأنه اذا علم اجمالا بوقوع عقد على ماله ولولم يعلم بكونه بيعاً او صلحاً او هبة بل ولولم يعلم بموضوعه اصلا كما اذا علم اجمالا بوقوع البيع على داره او الايجار على فرسه فأجاز يرجع اجازته الى اجازة البيع على تقدير كونه هو الواقع والصلح على تقدير تحققه وهكذا ، وليس في هذا محذور سوى التعليق ، وقد عرفت انه لايوجب البطلان ، غاية الامر لاموضوع للاجازة فى بعض المذكورات ، فليس هذا إجازة الفرد الخارجي المردد على اطلاقه ليقال ـ كما عن الميرزا ـ من ان الفرد لااطلاق له ، فلا معنى لأن يجيز العقد الخارجي مطلقا ، أي سواء كان بيعاً أو صلحاً أو هبة ، اذ الواقع في الخارج ليس الا احدها ، بل الاجازة ـ على مابيناه ـ فى الحقيقة متعلقة بواقع ماعلى ابهامه ، وصحة الاجازة في ذلك أوضح من التوكيل فيه ، لأن التوكيل فى احد الأمرين أو الأمور اذا انحل الى توكيلين فهو والا فالتوكيل في الجامع بين عقدين أو عقود لااثر له .

الكلام في تتبع العقود

(١) قديقع العقد على عين مال الغير واخرى يقع على عوضه ، والاجازة تارة تتعلق بالعقد الواقع على عين ماله واخرى تتعلق بالعقد الواقع على عوض ماله ، وعلى التقديرين تارة تتعلق الاجازة بالعقد الأول الواقع على عين ماله واخرى تتعلق بالعقد الآخر الواقع على عين ماله وثالثه تتعلق بالعقد الوسط الواقع على عين ماله. وتجري الأقسام الثلاثة فيما اذا كان المجاز العقد الواقع على عوض ماله لاعلى عينه .

(ثم) العقد الوسط اذا كان هو المجاز تارة يكون عقداً واقعاً على عين ماله وأخرى على عوضه وكل منهما تارة يكون وسطاً بين عقدين واقعين على عين المال بأن يكون طرفاه كذلك ، واخرى يكون وسطاً بين عقدين واقعين على عوض ماله وثالثة يكون مسبوقاً بعقد واقع على عين ماله وملحوقاً بعقد واقع على عوض ماله ورابعة ينعكس الأمر ، فالأقسام ثمانية ، ونتعرض أولا لاجازة العقد الواقع على عين ماله ، ثم بعد ذلك نذكر تعلق الاجازة بالعقد الواقع على عوض ماله بأقسامه ، كما انا نتعرض صورة تعلق الاجازة بالعقد الوسط ومايترتب عليه من حكم العقود السابقة واللاحقة ، وبذلك تتضح صورة تعلق الاجازة بأول العقود أو بآخرها ، ونقول :

حكم المسأله ـ وان كان واضحاً ـ الا أن تصويرها لايخلو عن اشكال ، ونمثل لها بما جعله المصنف مجمعاً للكل ، فنفرض ان عبد المالك بيع بفرس ثم بيع بكتاب ثم باعه المشتري بدينار ، فالى هناك يكون بيع العبد بكتاب وسطاً بين بيعين واقعين على عين العبد ، وهو بيع العبد بفرس وبيعه بدينار ، ثم باع البائع الفرس بدرهم وباع الثالث الدينار بجارية ، فيكون بيع العبد بكتاب وسطاً بين عقدين واقعين على عوض ماله وهو بيع الفرس بدرهم ، وهو السابق على بيع العبد بكتاب وبيع الدينار بجاربة وهو لاحق عليه ، فاذا فرضنا ان المالك أجاز البيع الواسط الواقع على عين ماله ـ وهو بيع العبد بالكتاب ـ فالعقود السابقة الواقعة على عين ماله كبيع العبد بالفرس ـ تبطل ، لأن اجازة غيره رداه ، كما ان العقود السابقة الواقعة على عوض ماله كبيع الفرس بدرهم يكون أجنبياً عن المجيز ، لأنه عقد واقع على مال الغير ، فلابد من اجازة مالكه .

وعلى كل تقدير العقود السابقة الواقعه على عين ماله او على بداله يكون أجنبياً عن المجيز ، وأما العقود اللاحقة فالعقود المتأخرة الواقعة على عين ماله تصح

على الكشف بلا اشكال ، لأنه بالاجازة يستكشف كونه من المالك وواقعاً على ملكه ، وأما على النقل فيدخل فيمن باع شيئاً ثم ملك ، فان قلنا بصحته مع الاجازة أوبدونه نلتزم بها فى المقام والا فلا ، وهكذا العقود اللاحقة الواقعة على عوض ماله كبيع الدينار بجارية ، فاجازة العقد الوسط الواقع على عين ماله تستلزم فساد العقود السابقة عليه الواقعه على عين ماله اوعلى عوضه ،كما يستلزم صحة العقود اللاحقة الواقعة عليه على الكشف ، سواء كانت واقعة على عين ماله أو على بدله ، وعلى النقل يبتنى صحتها على صحة « من باع شيئاً ثم ملك » .

ولكن ماذكرناه انما يتم فيما اذا أجاز المالك البيع الواقع على عين ماله لنفسه فانه تستلزم رد العقود السابقة وصحة العقود اللاحقة عليه ، وأما اذا أجاز للبائع فهو تستلزم صحة العقد السابق عليه لافساده كما هو ظاهر ، وأما العقد اللاحق عليه فصحته حينئذ مبتنية على اجازة المالك للبيع بالعقد السابق كما هو ظاهر .

(وليعلم) ان المراد من السبق واللحوق في المقام ليس هو التقدم والتأخر في الزمان ، بل المراد منه التقدم والتأخر الرتبي ، فالمراد من العقود اللاحقة ما تتوقف صحتها على صحته ومن العقود السابقة مالاتتوقف صحته على صحته .

(هذا كله) فيما اذا كان العقد المجاز واقعاً على عين ماله ، وأما اذا كان واقعاً على عوض المال فمثاله الجامع لأقسامه الاربعة : مااذا بيع العبد بفرس ، والفرس بدرهم ، والدرهم برغيف ، والدرهم بحمار ، والرغيف بعسل . فبيع الدرهم بالرغيف وسط بين عقدين سابقين احدهما واقع على عينه وهو بيع الفرس بدرهم والآخر على عوضه وهو بيع العبد بفرس ، وعقدين لاحقين احدهما واقع على عينه وهو بيع الدرهم بحمار والآخر على عوضه وهو بيع الرغيف بعسل ، فهذه البيوع الخمسة تكون جامعاً للامثلة كما هو واضح ، فاذا أجاز الوسط ـ اي بيع الدرهم بالرغيف ـ فهي مستلزمة لاجازة العقدين السابقين ـ أعني بيع العبد بالفرس

والفرس بدرهم ـ ليكون باجازتها مالكاً للدرهم ، وينفذ اجازته في بيعه بالرغيف وصحة هذه الاجازة بناءاً على الكشف واضح ، واما على النقل فصحتها مبتنية على عدم اعتبار مالكية المجيز حين العقد . وأما العقدان اللاحقان عليه فبيع الدرهم بحمار ـ اعني الواقع على عين المال ـ فهو أيضاً يصح بعد ماأجاز الدرهم بالرغيف ،وهذا بناءاً على الكشف ظاهر وأمابناء على النقل فالصحة مبنية على صحة بيع من باع شيئاً ثم ملك وامابيع الرغيف بعسل اعني الواقع على عوض العقد المجاز فيكون صحيحا بعد اجازة بيع الدرهم بالرغيف ان كان المجيز هو البائع ، وهو على الكشف واضح وأما على النقل فيدخل فيمن باع شيئا ثم ملك ، وان كان البائع اجنبيا فحكمه حكم البيع الواقع على المعوض ابتداءاً كما ذكر المصنف فيحتاج الى الاجازة .

(وبالجملة) فاجازة العقدالوسط يوجب صحة العقود السابقة الملزومة لصحته كما يوجب صحة العقود اللاحقة التي يستلزم العقد الوسط صحتها ، وهذا هو الميزان لاماذكره الشهيد فى الدروس ، وحكي عن الايضاح ايضاً من ان الاجازة ان تعلقت بالعقد الواقع على المبيع صح وما بعده وفي الثمن ينعكس ، اذلافرق فيما ذكرناه بين ما اذا كان عين مال المالك المجيز أو عوضه مبيعاً في العقد المجاز أو ثمناً (اللهم) الا ان يريد بذلك ماقلناه من تعلق الاجازة بالعقد الواقع على عين مال المالك ، وعبر عنه بالمبيع ، أو بالعقد الواقع على عوضه ، وهو مراده بالواقع على الثمن ، وعلى هذا ايضاً اطلاق كلامه ممنوع كما ظهر ايضاً بما قلناه فساد ماذكره المصنف في ترتيب العقود المتعددة على مال المجيز من انها اذا وقعت من اشخاص متعددة كان اجازة الوسط منها فسخاً لماقبله واجازة لما بعده ، واذا وقعت من شخص واحد انعكس الأمر (وذلك) لما عرفت من ان تعدد العاقد ووحدته لاربط له بذلك أصلا ، اذ يمكن أن يوقع شخص واحد بيوع عديدة مترتبة على مال الغير وعلى عوضه وهكذا العكس ، فالميزان الكلي ماذكرناه من ان اجازة

قوله (قده) : ثم ان هنا اشكالا (١)

العقد الوسط يوجب صحة ملزوماته من العقود السابقة ولوازمه من العقود اللاحقة .

هل يضمن البايع الغاصب للمشتري

العالم بالغصب

(١) حاصله : ان الغائب اذا باع شيئاً فالمشتري منه ان كان جاهلا بكونه غاصباً فلا اشكال في صحته التأهلية فينفذ باجازة البائع وهكذا الحال في العقود المتتابعة ، وأما إن كان عالماً به ومع ذلك اقدم على الشراء منه فهو مسلط له على ماله مجاناً لعلمه بفساد البيع والشراء ، فاذا اشترى البائع بالثمن شيئاً لنفسه يملك ماشتراه من دون أن يضمن شيئاً للمشتري الأول ، لأن ماله قد تلف بالدفع الى البائع أو هو في حكم التالف ، فلا يبقى مجال بعد ذلك لأن يجيز المالك العقد الواقع على الثمن لنفسه ـ أي يجيز العقد الثاني ـ وكيف يجيز عقداً مالم يقع على ماله .

وهذا الاشكال مبني على ماهو المعروف من أن تسليط المالك غيره على ماله خارجاً يوجب عدم ضمانه اذا تلف تحت يده او اتلفه ، فكأن التلف حينئذ يكون في ملكه والتسليط يكون مملكاً في فرض التلف (هذا كله) في اجازة العقد الثاني، بل يجري الاشكال في العقد الأول أيضاً بناءاً على ماذكره بعضهم من ان التسليط الخارجي يوجب الملكية او اباحة التصرف من الأول قبل التلف ، فاذا اشترى شخص من الغاصب شيئاً مع علمه بكونه غاصباً فقد اذن له في الاتلاف ، ولامعنى حينئذ لجعله ثمناً ، فلا مجال لاجازة المالك البيع الأول أيضاً .

(وهذان) الاشكالان تعرض للاول منها العلامة والقطب ولهما معاً الشهيد فيحواشيه (ونقول) ردهما اولا فساد المبني ، فان مجرد التسليط الخارجي لايوجب

ارتفاع الضمان الثابت بمقتضى عموم على اليد المثبت للضمان وليس احد المملكات، ومن الظاهر أن تسليط المشتري الغاصب على الثمن ليس مجانياً وانما هو تسليط بعوض بحسب اعتبار المتبايعين أوالعقلاء ايضاً ولولم يكن ممضي شرعاً ، وقدذكرنا غير مرة ان عدم الامضاء الشرعي والفساد بحكم الشارع لايوجب كون التسليط مجانياً ولا ينافي الاعتبار المعاملي . وثانياً لو سلمنا ذلك فهو انما يتم على النقل دون الكشف ، اذ على الكشف تكشف الاجازة عن خروج الثمن عن ملك المشتري الى ملك المالك المجيز قبل التسليط على مال الغير ، وهو لايوجب الملك ولاإباحة التصرف (نعم) على النقل يجري الاشكال ، بل الظاهر عدم جريانه على النقل أيضاً ، وذلك لأن التسليط انما يكون مجانيا في فرض بطلان البيع وعدم لحوق الاجازة ، وأما اذا كان البيع صحيحاً ولحقه الاجازة فالتسليط يكون بعوض حتى فى حكم الشارع ـ فتأمل .

وأما ماذكره فخر المحققين في الايضاح وجهاً رابعاً لدفع الاشكال من ان الثمن فى الفرض يكون متعلقاً لحق المالك المجيز أيضا ، اذ المفروض انه جعل ثمنا لماله وان كان متعلقا لحق الغاصب ايضا الا انه يقدم عليه حق المالك ، لما ورد من ان الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال (ففيه) اولا ـ لم يرد دليل على انه يؤخذ بأشق الأحوال بل لايؤخذ الا بما ثبت فى حقه شرعا . وثانيا ـ ذكرنا ان وقوع العقد على مال الغير لايوجب له حقا ، والاجازة انما هو حكم شرعي لاحق مالكي (هذا) مضافا الى انه يعتبر في صحة الاجازة عدم كون موردها متعلقا لحق الغير والا فلا تنفذ ، فالصحيح فى الجواب عن الاشكال ماذكرناه .

قوله (قده) : مسألة في احكام الرد (١)

الرد واحكامه

(١) يقع الكلام فيها من جهات :

(الأولى) في الرد القولي والفعلي . ولا يخفى ان البحث عنه انما يكون له اثر بناءاً على عدم نفوذ الاجازة بعد الرد وكون تخلل الرد بين العقد والاجازة مانعاً عنها ، وأما لو قلنا بنفوذها بعد الرد أيضاً فلامجال للبحث عنه ، فبعد فرض مانعية سبق الرد عن لحوق الاجازة نقول :

اما الرد القولي فلابد أن يكون بلفظ « رددت » ونحوه مما يكون مبرزاً عرفاً وأما الرد الفعلي فظاهر المحقق النائيني ان النزاع فيه صغروي ، اذلم يتعرض فيه للكبرى وانما ناقش في الصغرى ، وان الأمثلة المذكورة في المتن ليس شيء منها مصداقاً للرد وانما هي معدمة للموضوع (ونقول) كأنه « قده » تخيل انحصار الرد الفعلي بتلك الأمثلة ، ولا وجه له ، فان من مصاديقه الاشارة ، فاذا سئل المالك عن انه يرد العقد الواقع على ماله فأشار برأسه « نعم » يكون ذلك رداً فعلياً فالظاهر تحققه بما هو مبرز للرد عرفاً سواء كان قولاً او فعلا .

(الجهة الثانية) في تصرف المالك في ماله تصرفاً ناقلا اومخرجاً لهعن الملكية كالبيع والعتق ونحوه وانه هل ينفذ بعده اجازته للبيع السابق فيكون عقده اللاحق فاسداً او لايبقى بعده موضوع لاجازته ؟ المحتملات فيه ثلاثة ، وظاهر المصنف انه على الكشف يصح العقد السابق بالاجازة وينكشف بها وقوع التصرفات في ملك الغير ، فتكون صحتها مراعي باجازة مالكها الجديد ان كان قابلا للاجازة ، وعلى النقل ينعكس الأمر لأنه قبل تمامية سبب النقل انتقل المال الى غيره او خرج عن

ملكه (ولكن) الصحيح فساد العقد السابق حتى على الكشف فضلا عن النقل ، وذلك لأن الاجازة انما تكشف عن صحة العقد من حين صدوره فيما اذا صدر من المالك لولا الاجازة ، ومع صحة النقل لايكون المجيز مالكاً كذلك ، فان الخطاب في « أوفوا بالعقود » ونظائره متوجه الى الملاك ، ولابد في صحة العقد السابق من أن يستند الى المالك باجازته ، والا فلاتعمه الأدلة ، فصحة الاجازة متوقفة على فساد العقد اللاحق ، والمفروض ان فساده متوقف على نفوذ الاجازة وكشفها عن صحة العقد السابق ، وهذا دور ظاهر (فالصحيح) في هذا الفرع الحكم بصحة العقد اللاحق دون الاجازة على الكشف بجميع اقسامه فضلا عن النقل .

(وبالجملة) اذا تصرف المالك فيمابين العقد والاجازة بتصرف متلف للعين أو ماهو بحكمه فلا يبقى بعد ذلك محل للاجازة لامن جهة انالاجازة تتعلق بالعين ، لماذكرنا سابقاً من انها متعلقة بالعقد بل لأن الخطاب في ادلة صحة العقود متوجه للملاك ، فلابد من أن يكون البيع بيعاً للمالك فتعمه الأدلة ، فاذا فرضنا ان المبيع خرج عن ملك المجيز قبل اجازته واستناد البيع اليه فيستحيل أن يكون هذا البيع بيعاً للمالك ، لأنه حين وقومه لم يكن بيع المالك وحين تحقق الاستناد لايكون المالك مالكاً ، فلاتعمه الأدلة .

(هذا) مضافاً الى ان بعض ماورد فى النهي عن بيع مالا يملك (١) يعم المقام ، كفوله عليه السلام في بعضها « لابأس لأنه لايشتريه بعد ما يملكه » وفي بعضها « يبيع بعدما يملك » فانه يستفاد منه المنع اذا لم يكن البيع والشراء في ملك لايفرق فيه بين أن لايكون البائع مالكاً حين البيع فيملك بعده فيجيز أويكون حين وقوع العقد مالكاً ولم يكن مالكاً حين الاجازة ، فان البيع الحقيقي لايكون فى ملك البائع ، وماذكرناه جاز على القول بالكشف والنقل وان كان على النقل اوضح

(١) راجع ص ٣١٩ .

من الكشف وعلى الكشف الحكمي اوضح من الكشف الحقيقي .

(ويلحق) بالبيع فيما ذكرناه التزويج ، فاذا زوجت امرأة فضولة لشخص ثم هي زوجت نفسها لشخص آخر لايبقى بعد ذلك مجال لأن تجيز النكاح الأول اصلا ، لأن التزويج الثاني تزويج صادر ممن له اهلية التزويج وواقع في محله ، فيكون نافذاً .

(واما الاستيلاد) فالظاهر انه مانع عن الاجازة ، لأن بيع المالك لها انما هو باجازته ، والمفروض انها ام ولد حينئذ . اللهم الا ان يقال ان المنع انما هو عن انشاء البيع على ام الولد وليست الاجازة انشاء لبيعها ، وانما هي استناد البيع السابق الى المالك .

(هذا كله) في عقد المالك الواقع على عين المبيع فضولة ، وأما اذا كان العقد الواقع من المالك على منافع العين المبيعة فضولة لاعلى عينها فان كان منافياً للعقد الفضولي ـ كما اذا آجر الفضولي دار زيد لمدة ثم آجرها المالك ايضاً في تلك المدة ـ ففي مثله لابد من القول بفساد العقد الفضولي لماتقدم ، وأما ان لم يكن منافياً للعقد الفضولي ـ كما اذا فرضنا ان دار زيد بيعت فضولة ثم آجرها المالك لمدة ثم اجاز البيع ـ فان الاجازة لاتنافي البيع ، لأن المشتري انما يملك المنافع بتبع مالكيته للعين فيكون المبيع مورداً للاجازة لامحالة ، غايته يكون مسلوب المنفعة الى مدة معينة ، والظاهر صحة البيع الفضولي في هذه الصورة : أما على النقل فلان المبيع ينتقل الى المشتري مسلوب المنفعة في مدة الاجازة ، فيثبت للمشتري خيار العيب لأنه اقدم على شرائه تام المنفعة ، وأما على الكشف فلما ذكرناه من ان المجيز لابد وأن يكون مالكاً لولا الاجازة ، وبالنسبة الى منافع مدة الاجازة لايكون كذلك فلا ينفذ اجازته فيه .

هذا في الاجازة ، وأما في تزويج الأمة اذا بيعت فضولة فزوجها المالك ثم

اجاز المالك البيع فالظاهر فيه أيضاً الصحة ، لأنه غير مانع عن البيع غاية الأمر يثبت للمشتري الخيار كما عرفت في الاجازة .

(وأما الرهن) فيما اذا رهن المالك العين المبيعة فضولة ثم اجاز البيع فظاهر المحقق النائيني كونه مانعاً عن صحة الاجازة ، ولكن التحقيق انه ان تمسكنا فى منع الراهن عن التصرف في العين المرهونة بالنبوي الضعيف السند الذي لم ينجز ضعفه بعمل الاصحاب وهوقوله صلى الله عليه وآله وسلم « الراهن والمرتهن ممنوعان عن التصرف » فلا يجوز له الاجازة في الفرض لأنها تصرف في العين المرهونة . وأما بناءاً على القائه - كما هو الصحيح - فمقتضى القاعدة هو المنع عن التصرف في العين المرهونة بما ينافى حقيقة الرهن كاتلاف العين دون غيره ، وبما ان تمليك العين المرهونة لاينافي حقيقة الرهن ، اذ لايلزم ان يكون العين المرهونة ملكاً للراهن بل يجوز رهن ملك الغير باذن مالكه ، كما يجوز بيع العين المرهونة كذلك - يعني متعلقاً لحق المرتهن بحيث يكون حق استيفاء دينه من المبيع اذا امتنع المديون من الأداء - فعليه لامانع من اجازة المالك البيع الفضولي الواقع على ماله بعد مارهنه للغير ، غايته يثبت للمشتري خيار العيب كما هو ظاهر .

(وبالجملة) ماكان من تصرف المالك مصداق للرد الفعلي - كالاشارة ونحوها - فهو كالرد القولي في كونه موجباً لانحلال العقد الواقع على ماله وزوال علقة الطرف عنه ، وأما التصرف المتلف للمبيع او بما يجعله بحكم التالف كالبيع ثانياً لشخص اخر فهو كما ذكرنا لايبقي موضوع للاجازة حتى على الكشف فضلا عن النقل : ولكنه لايوجب انحلال العقد السابق ، اذ المفروض عدم كونه رداً له ، فغايته انه يوجب سقوط العقد عن قابلية الاجازة بالنسبة الى المالك بالفعل فقط ولا يسقطه عن الصحة التأهلية مطلقا ، بحيث لم يكن قابلا للاجازة بالاضافة الى المالك الجديد أيضا الا اذا كان التصرف تصرفا موجبا لسقوط العقد عن قابلية

الاجازة مطلقا كالعتق ، فان بيع الحر غير جائز مطلقا .

(هذا كله) في البيع وقد عرفت حكم التزويج والاستيلاد ايضا ، فان الاستيلاد - وان لم يكن مخرجا للامة المستولدة عن الملك - الا انه مانع عن بيعها وبيع المالك اجازته .

التصرف غير المنافي لايكون رداً

(١) كعرض المالك المبيع للبيع أو بيعه ببيع فاسد ، وقد فصل فيه المصنف بين ما اذا كان المالك حين تصرفه ملتفتا الى وقوع البيع الفضولي وعدمه ، وذهب فى الأول الى انه رد للعقد الفضولي ، واستدل عليه أولا بما ورد في نكاح العبد والأمة بغير إذن مولاه (وفيه) ماذكره المصنف انه لاتعرض في ذلك لكيفية الرد والغريب تمسكه « قده » بذلك ، فالعمدة في المقام أمران اخران :

(احدهما) كون الغرض على البيع أو البيع الفاسد رداً عرفاً (وفيه) منع ، بل قد يعرض المالك ليرى هل يباع بأكثر من ثمن بيع الفضولي فيبيعه اولا فيجيز العقد السابق .

(ثانيهما) فحوى الاجماع المدعى على حصول الفسخ بالفعل فى العقد الجائز بالذات كالهبة اوبالغرض كالبيع الخياري ، فاذا صلح الفعل لرفع اثر العقد الثابت فبالأولوية يصلح للرد (وفيه) ماذكرناه من الفرق بين الفسخ والرد ، فان من له الخيار لايتمشى منه قصد بيع ماانتقل عنه بالعقد الجائز مالم يفسخ العقد ، اذلامعنى لقصد بيع الانسال لنفسه مال الغير (وعليه) فنفس البيع الثاني بالدلالة الالتزامية دال على الفسخ ، وغير البيع من تصرفاته الأخر يكون فسخا من باب الحمل على

قوله (قده) : مسألة لولم يجز المالك (١)

الصحة ، وهذا بخلاف الفعل المنافي فى مورد الرد ، فانه ليس فيه دلالة التزامية على الرد كما لايقتضيه الحمل على الصحة .

(نعم) خصوص الوطى في العدة يكون رجوعا ولو قصد به الزنا ، لأن المطلقة رجعية قبل انقضاء عدتها زوجة حقيقة ، فالصحيح ان العرض للبيع لايكون رداً للعقد السابق ، وكذا البيع الفاسد (وبما ذكرناه) ظهر الحال في الوكالة والوصية للبيع أوايقاع العقد الفاسد عليه لايوجب بطلانهما (وأما الايجار والرهن) فقد عرفت الكلام فيهما فلا نعيد .

حكم ضمان المبيع فضولة

(١) أما اذا أجاز المالك البيع الواقع على ماله فلا اشكال في انه يملك الثمن وله انتزاعه من يد المشتري او البائع ان كان موجوداً ، كما له الرجوع ببدله ان كان تالفا ، وأما اذا رد البيع الواقع على ماله فضولة فان كان المبيع في يده فهو والا فله انتزاعه ممن وجده في يده ان كان باقيا ومع التلف يرجع ببدله الى من تلف عنده او وقع تحت يده فله الرجوع الى البائع ، سواء كان غاصبا أوكان جاهلا ، والى المشتري ايضا اذا وقع يدهما عليه ، كما في بقية موارد تعاقب الأيادي .

وهذا واضح وانما الكلام في انه عند التلف يكون الضمان بقيمة يوم الغصب او يوم التلف أو يوم الدفع او اعلى القيم وجوه ، وقد ذكرنا في قاعدة « ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده » ان مقتضى القاعدة هو الضمان بقيمة يوم الدفع ، الا أن ظاهر صحيحة ابي ولاد أن الميزان بقيمة يوم الدفع - على ماتقدم الكلام في ذلك .

ثم لوقلنا بضمان اعلى القيم فالمراد بها اعلى القيم من زمان وقوع المبيع في يدالضامن

الى زمان الدفع . فلو فرضنا زيادة القيمة فى يد البائع ثم نقصت قبل وقوعه في يد المشتري ليس للمالك الرجوع اليه بالزيادة ، بل إما يرجع بأصل القيمة وزيادتها الى البائع او يرجع الى المشتري في اصل القيمة ويرجع في الزيادة الى البائع .

(هذا كله) في رجوع المالك بالاضافة الى عين المبيع أو بدله ، وأما المنافع فللمالك ايضا الرجوع الى اي منها شاء ، أما فى المستوفاة فبلا اشكال وفي غير المستوفاة الى زمان التلف على كلام ، والسر في ذلك ان وضع اليد على العين فى انواحد يكون استيلاءاً على جميع منافع العين الىوقت تلفها بالتبع فيضمن للمالك جميعها ، ولذا للمالك الرجوع الى كل منها في المنافع من حين وقوعها تحت استيلائه الى زمان تلف العين .

(وأما الأوصاف) فلا اشكال في كونها مالا ويضمنها من استولى عليها ، فاذا فرضنا وقوعها تحت يد كل منها وتلفها بعد ذلك فللمالك أن يرجع فيها الى كل منها ، وأما اذا فرضنا وجودها تحت يدالمشتري دون البائع فالظاهر انه لايرجع فيها المالك الااليه دون البائع ، خلافاً للميرزا « ره » حيث قاس الأوصاف بالمنافع في دخولها تحت اليد بتبع العين ولولم تكن موجودة حين الاستيلاء على العين ، وذلك للفرق بينها وبين المنافع وعدم كون الأوصاف تابعة للعين في الضمان ، كما هو ظاهر . هذا كله في حكم رجوع المالك الى المشتري أو البائع في المبيع ومنافعه وأوصافه .

حكم المشتري مع الفضولي

(١) تارة يقع الكلام في رجوعه اليه بالثمن واخرى في رجوعه اليه بما غرمه

قوله (قده) : وان كان عالماً بالفضولية (١)

المالك زائداً على الثمن من قيمة المنافع او زيادة القيمة السوقية ، فهنا مسألتان :

(الأولى) في رجوعه اليه بالثمن ، أماإذا كان المشتري جاهلا بفضولية البائع فلا ريب في انه يرجع اليه بالثمن ان كان تالفا ، اذ لم يصدر منه مايوجب عدم ضمان البائع من التسليط المجازي ولا غيره سوى اعترافه بأنه مالك ، واعترافه بذلك يتصور على ثلاثة انحاء : لأنه قد يعترف به من باب اليد قبل قيام البينة على عدم كونه مالكا ، واخرى يعترف به من باب العلم كما اذا اعترف بذلك بعد قيام البينة ايضا ، وثالثة لايكون في البين قرينة على احدى الكيفيتين : أما على الأول فليس اقراره مانعا عن الرجوع لسقوطه بسقوط اليد بعد قيام البينة على خلافها ، كما هو الحال في جميع موارد قيام البينة ، فانها تقدم على اليد دائما ، بل البينة بالالتزام دالة على جواز الرجوع اليه بالثمن ، وأما على الثاني فليس له الرجوع اليه لاعترافه بأن الثمن ملك له غايته قد أخذ منه المبيع بحسب الحكم الشرعي الظاهر ، وهو لايجوز له اخذ مال الغير ، وأما الثالث فذكر فيه المصنف ان في الأخذ بظاهر الحال من استناده الى اليد أو الأخذ بظاهر اللفظ وجهان ، ولم يرجح احدهما على الآخر الا ان الظاهر إلحاقه بالقسم الأول وسقوطه بالبينة (وذلك) لأن مقتضى عموم على اليد أو قاعدته ثبوت الضمان الا فيما اذا علم المالك بعدم بالضمان وان المال له ، وفي المقام اعترافه به مشكوك ، فلا يمكن رفع اليد فيه عما اقتضاه القاعدة .

(وبعبارة اخرى) دليل البينة بالالتزام دال على سقوط الاعتراف وجواز الرجوع الى البائع ، الا فيما اذا ثبت كون اعترافه عن علم وغير مستند الى اليد .

(١) يمكن فرض ذلك من طرف البائع ومن طرف المشتري ، كما اذا علم بأن البائع غير مالك للمبيع ومع ذلك دفع اليه الثمن ، او علم البائع بأن المشتري غير مالك للثمن ومع ذلك دفع اليه المبيع . ويقع الكلام في هذه الصورة ـ اعني ما اذا

كان المشتري عالماً بأن البائع لايملك المبيع - في جهات ثلاث : « الأولى » في جواز رجوعه اليه بالثمن الذي دفعه إياه مع بقاء عينه . « الثانية » في جواز تصرف البائع فيما يأخذه من المشتري من الثمن « الثالثة » في جواز رجوع المشتري الى البائع ببدل الثمن اذا كان تالفاً عنده .

(أما الجهة الأولى) فالظاهر فيها جواز الرجوع الى الثمن اذا كان باقياً ، وقد استدل عليه المصنف - على مايستفاد من مجموع كلامه - بوجوه ثلاثة : « الأول » عدم المقتضى لانتقال الثمن الى البائع . « الثاني » ان مجرد التسليط لوكان موجباً لانتقال المال اليه لزم حصول الانتقال في البيوع الفاسدة ايضاً لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله ، وهذا كأنه نقض في المقام . « الثالث » ان تملك البائع للثمن يستلزم عدم صحة البيع لو أجازه المالك لفوات محلها بذلك ، ثم امر بعد ذكر هذا الوجه بالتأمل .

(ونقول) أما الوجه الأول فمتين جداً ، اذلاموجب لانتقال الثمن الى البائع مع ان المشتري لم يسلطه عليه مجاناً وانما سلطه عليه مبنياً على انه وفاء للعقد . والأولى أن يضاف الى هذا الوجه ماذكره المصنف في الجهة الثانية من أن تملك البائع للثمن في الفرض اكل للمال بالباطل ، فيقال : ان ظاهر قوله تعالى : « لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض » حصر سبب الحل بالتجارة الناشئة عن رضا المالكين لارضا كل احد ، وهي مفقودة في المقام ، لأن البائع انما يتملك الثمن ببيع مال غيره ، اذ المفروض عدم كون التسليط مجانياً فيكون داخلا في المستثنى منه - أعني اكل المال بالباطل .

(وأما الوجه الثاني) فيرده الفرق بين البيع الفاسد من جهة انتفاء احد العوضين والبيوع الفاسدة شرعاً من الجهات الأخر ، فان تسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله في البيع الفاسد ليس تسليطاً بلا عوض ، بل هو تسليط مع العوض

غاية الأمر لم يمضه الشارع بل حكم بفساده ، وهذا بخلاف التسليط في فرض انتفاء احد العوضين ، كما في شراء مال الغير ، فان المشتري حينئذ يسلط البائع على الثمن بلا عوض ، فالتسليط مجاني . وقد اشار المصنف « قده » الى هذا الفرق بعد أسطر فهو ملتفت اليه ، وذكر هذا الوجه مع ذلك منه غريب .

(وأما الوجه الثالث) فيرده امران قد ذكرناهما سابقاً في احكام المجاز : (احدهما) أن اجازة المالك تكشف عن ان تسليط المشتري البائع على الثمن كان تسليطاً له على مال الغير فلا يفيد الملك ، هذا على الكشف (ثانيهما) ان التسليط المجاني ـ مع العلم بأن البائع غير مالك ـ انما هو في فرض بطلان البيع وعدم اجازة المالك ، وهذا جار على النقل ايضاً ، فكون التسليط مجانياً في فرض الرد لايستلزم انتفاء موضوع الاجازة .

(هذا) وقد ذكر الميرزا وجها آخر لجواز رجوع المشتري الى حين الثمن ، وكأنه لم يرتض ما افاده المصنف ، حاصله : ان التسليط المجاني لايزيد على الهبة الجائزة ، فنفرض انه مفيد للمالك الا انه لامانع من الرجوع مع بقاء العين ، كما يمكن الرجوع الى العين المرهونة فى الهبة (وفيه) ان جواز الرجوع الى الثمن لوكان من باب الهبة لاختص بما اذا كان الثمن قائماً بعينه ولا يجوز الرجوع اليه في فرض زوال بعض اوصافه ، كما اذا كان قميصاً ففصله للخياطة او كان حيواناً فذبحه (وعليه) لم يجز الرجوع ايضاً فيما اذا كان البائع رحماً للمشتري ، فان الهبة الى ذي الرحم تكون لازمة . ومن الظاهر انه بناءاً على جواز رجوع المشتري الى الثمن لايفرق فيه بين هذه الصورة ، فالعمدة في المقام هو الوجه الأول في كلام المصنف .

(وأما الجهة الثانية) فبما ذكرناه ظهر الحال فيها ، فان تصرف البائع في الثمن مع انه عالم بعدم انتقاله اليه وعدم اذن مالكه له فى التصرف بعنوان انه مالك يكون من اكل المال بالباطل كما افاده المصنف ، اذ المالك انما سلطه عليه بعنوان كونه

وفاءاً للعقد .

(الجهة الثالثة) في جواز رجوع المشترى الى البائع في بدل الثمن في فرض تلفه ، وذهب بعض الى الجواز ، والمعروف عدمه كما اختاره المصنف والميرزا «ره» وغيرهما . والوجه فيه ان المالك سلط صاحبه على ماله بلا عوض ، فلا مقتضى للضمان .

(وقد) أوضحه المصنف بماحاصله : انالضمان إما يكون لليد ـ اي الاستيلاء فانه موجب للضمان للحديث او للسيرة العقلائية ـ وإما لقاعدة الاقدام على الضمان ، والأول مخصص بفحوى مادل على عدم الضمان فى موارد الاستيمان من الوديعة والعارية والاجازة ونحوها ، فاذا لم تكن العين مضمونة في هذه الموارد مع عدم الاذن من المالك في الاتلاف ، لأن الدفع فى الوديعة يكون لمجرد الحفظ وفي العارية والاجازة للانتفاع بالعين مع ابقائه ، فبالأولوية لاضمان في المقام الذي يكون التسليط فيه على التصرف والاتلاف (وأما الثاني) ـ اعني الاقدام على الضمان ـ فعدم جريانه في المقام اوضح ، لأن البائع انما اقدم على الضمان بشيء يعلم المشتري بأنه ليس له ، فاذاً لامقتضى للضمان .

(ثم) اورد المصنف على ذلك بأن تسليط المشتري البائع على الثمن ليس مجانياً وانما هو بأزاء المبيع بعد بنائهما على ان البائع مالك للمبيع ولو عدواناً كما في بيع الغاصب ، فالتضمين المالكي متحقق وان لم يمضه الشارع ، ولولا ذلك لم يتحقق قصد المعاوضة الحقيقية من المتبايعين ولم يصح بيع الغاصب .

(واجاب عنه) بما حاصله : الفرق بين البيع والتضمين ، فان البيع ـ كما ذكرناه ـ مبادلة بين مالين وليس لخصوصية المالكين دخل فيه ، فاذا بني الغاصب على انه مالك ولو عدواناً يقصد المبادلة بين المالين حقيقة ، فتقع صحيحة للمالك اذا أجاز ، وهذا بخلاف التضمين فان معناه كون العين المضمونة في عهدة الضامن

وخسارته عليه ، فاذا فرضنا ان المضمون به ليس للضامن والمضمن عالم به فكيف يضمنه به مع انه لو تلف لم يخرج بشيء من كيسه ولو بني على مالكيته عدواناً .
ثم ذكر انه على هذا يلزم عدم الضمان في صورة الجهل بعدم مالكيته البائع أيضاً ، لأن المشتري فى هذا الفرض أيضاً ضمنه الثمن بأزاء مبيعه الشخصى الذي هو ملك الغير ، فلم تتحقق حقيقة التضمين .

(واجاب عنه) بالفرق بين الصورتين ، فان المشتري فى فرض الجهل لم يأذن للبائع فى التصرف فى ماله الا بعنوان كونه ضامناً له بالمبيع الذي اعتقد كونه مالكاً له ، فلم يطب نفسه بالتصرف فيه من دون ضمان ، وهذا بخلاف فرض العلم ، فان المشتري اذن فيه للبائع فى الاتلاف والتصرف من دون ضمان له بماله ولو اعتقاداً .

(ثم ذكر) انه لاينتقض عدم الضمان في المقام ـ اعني فساد البيع لخلل احد العوضين بثبوته في البيوع الفاسدة لجهة اخرى من غرر ونحوه ، لأن التضمين هناك متحقق غايته لم يكن الضمان الخاص ممضىً فى نظر الشارع ، فيبقى اصل الضمان ثابتاً ، وهذا بخلاف مانحن فيه .

هذا ملخص ماافاده المصنف في نفي الضمان في المقام ، والمحقق النائيني وان ناقشه فى بعض خصوصيات كلامه الا انه تابعة فى المدعي ـ أعني عدم الضمان ـ (ونقول) قد عرفت فيما تقدم سابقاً ان دليل الضمان انما هو قاعدة « على اليد ما اخذت حتى تؤدي » التي عليها بناء العقلاء ، ومعنى على اليد هو الاستيلاء على مال الغير ، وأما الاقدام على الضمان فلا دليل على كونه مضمناً وانما يضم على قاعدة على اليد لنفي الأقدام على عدم الضمان فانه مانع عنه والغاء لاحترام المال ، وقدمر تفصيله في بيان قاعدة مايضمن وما لايضمن (وعليه) فلابد وان ننظر في ان المشتري فى محل البحث هل اقدم على المجانية والغي احترام ماله بتسليط البائع على ماله مجاناً فلا ضمان او انه سلطه عليه وفاءاً للعقد السابق الواقع بينهما وان كان

قوله (قده): ولكن اطلاق قولهم كل عقد يضمن بصحيحه (١)

فاسداً شرعاً ، وهذه هي النكتة للضمان وعدم ولم يتعرض لها المصنف .

(ومن الواضح) ان المشتري لم يسلط البائع على ثمنه الا مبنياً على العقد السابق وتملكه للمبيع ، ولو كان مثل هذا التسليط مجانياً موجباً لعدم الضمان لزم انتفاء الضمان فيما يأخذه الغالب من المتغامرين من المغلوب ، وهذا فيما يبذله مشتري الخمر والخنزير الى بائعه من الثمن مع علمه بالحال ، فالصحيح ثبوت الضمان في المقام بمقتضى عموم على اليد بعد عدم كون التسليط مجانياً ، ولا ينتقض ما ذكرناه بالبيع بلا ثمن او الاجازة بلا اجرة ، فانه فى الحقيقة هبة مجانية عبر عنها بالبيع أو الاجازة ، فالتسليط فيها مجاني بلا عوض ، كما لاينتقض بدفع الثمن الى ثالث - اي الى غير البائع - فان دفعه اليه لابد وان يكون مجانياً بلا عوض ، فلا يقاس بالدفع الى البائع في مقابل المبيع .

(ومن الغريب) ان المصنف ذهب فى الجهة الثالثة الى عدم الضمان مع اختياره في الجهة الثانية عدم جواز تصرف البائع في الثمن ، لعدم انتقاله اليه وعدم اذن المالك له بالتصرف بعنوان انه مالك مع وضوح ملازمته مع الضمان ، فان التسليط ان كان مجانياً بلا عوض فهو ترخيص فى التصرف فكيف منع عنه ، وان لم يكن تسليطاً مجانياً بل كان بعنوان الوفاء بالعقد السابق كما هو الصحيح فلا وجه لعدم الضمان (وبالجملة) التفصيل بين الأمرين لم نعرف له وجهاً .

(١) قد مر الكلام فى قاعدة مايضمن وما لايضمن ، وذكر انه ليس شيء منها مضمون دليل لفظي ولامعقد اجماع ، بل كلام ذكره الشيخ « قده » والشهيد في المسالك وتبعهما غيرهما ، فلا وجه لما اتعب به المصنف نفسه الزكية فى بيان عباراتها وتطبيقها على مواردها وبيان المراد منها ، الا انا بينا في محله ان معناها ان كل فرد من عقد يضمن به اذا فرض صحيحاً يضمن به اذا كان فاسداً ايضاً ، وينطبق

قوله (قده) : ثم ان مقتضى ماذكرناه (١)

حينئذ على مانحن فيه على مابيناه . ويلخص مما بيناه ثبوت الضمان في الفرض ، لأن المشتري لم يقدم على تسليط البائع على الثمن مجاناً وانما سلطه عليه بعوض ، فعموم دليل على اليد مثبت للضمان .

(نعم) اذا فرضنا عدم قابلية المبيع للمبادلة اصلا حتى عند العقلاء - كما اذا باعه السماء الرابعة او الحر - وعلم المشتري بذلك لايكون البائع ضامناً للثمن اذا سلطه عليه لعدم تحقق قصد المبادلة منها حقيقة ، فليس تسليطه على الثمن تسليطا بعوض حتى بحسب الاعتبار للمتبايعين ، بل لكون المبادلة في هذه الصورة حقيقة كالبيع بلا ثمن فلا ضمان ، ولايقاس هذا بشراء الخمر او الخنزير ونحوه مماهو مال عرفا ولكنه ليس بمال شرعا ، فان قصد المبادلة الحقيقية موجود فيه حقيقة ، فيكون دفع الثمن الى بائعه بعنوان الوفاء بالعقد السابق ومع العوض فيضمنه لامحالة ، وهذا بخلاف بيع ماليس بمال حتي عرفا ، فان قصد المعاوضة حينئذ مفقود واقعا وليس دفع الثمن الى البائع الا تسليطا مجانيا .

فروع يستثنى عن المسألة السابقة

(١) تعرض المصنف في ذيل هذه المسألة لفروع :

(منها) انه اذا باع الفضولي للمالك لالنفسه وعلم المشتري بذلك ودفع اليه الثمن لكونه واسطة في ايصاله الى المالك فتلف في يده يكون ضامنا ، لعدم تسليطه عليه ولا اذن له في التصرف (وفيه مالايخفى) فان ماذكره من الضمان في الفرض ان اراد به ضمان الاتلاف فهو خارج عن محل الكلام لأن محل البحث انما هو التلف والضمان بدليل على اليد ، وان اراد بهضمان اليد - كما هو الظاهر - فلم نعرف

قوله (قده) : المسألة الثانية - ان المشتري اذا اغترم للمالك (١)

له وجها ، لأن المفروض ان المشتري استأمنه في ايصال الثمن الى المالك ، ولا ضمان في مورد الاستيمان ، فكان الصحيح المتعين على المصنف ان يعكس المطلب ، أي يقول بالضمان فى الفرض السابق وبعدمه في الفرض .

(ومنها) انه قدس سره حكم بالضمان فيما اذا اخذ البائع الثمن من دون اذن المشتري له في ذلك ، بل اخذه بناءاً على العقد الواقع بينهما ، لعدم تحقق تسليط من المشتري . وهذا متين .

(ومنها) حكمه بالضمان فيما اذا اشترط المشتري على البائع الضمان ، اى الرجوع اليه بالثمن اذا أخذ منه المبيع صاحبه ، وهذا أيضا ظاهر .

(ومنها) عدم الفرق بين كون الثمن كليا فدفع اليه بعض افراده وبين كونه شخصيا ، وهذا أيضا واضح .

المسألة الثانية

(١) يقع الكلام فيها في موارد : (الأول) فيما يغرمه المشتري للمالك في مقابل العين ، كزيادة القيمة على الثمن اوزيادة القيمة السوقية عنده (الثاني) فيما يغرمه المالك بإزاء ما استوفاه من المنافع ، سواء كانت عينية كلبن الشاة او صوفه او غير عينية كسكنى الدار اوخدمة الجارية (الثالث) فيما خسره المشتري ولم يحصل له في مقابله نفع اصلا مثل ماصرفه في تعمير المبيع واصلاحه كتسوية الأرض أو اجراء الماء فيها او نحو ذلك .

وأولا يقع البحث في القسم الثالث (فنقول) المعروف فيه الرجوع اذا كان المشتري جاهلا ، وقد استدل عليه بوجوه :

(الأول) حديث لاضرر (وفيه) ماتقدم من أن ثبوت الضمان ـ وان كان يتدارك به ضمان المشتري ـ الا انه ضرر على البائع ، فلا يتمسك به في مثل ذلك .

(الثاني) اقوائية السبب من المباشر (وفيه) ان ذلك ليس مفاد دليل ، والميزان فيه انما يكون باسناد الفعل الى السبب عرفاً . مثلا : اذا أمر احد حيواناً بافتراس مسلم يستند قتله اليه عرفاً فيقال الآمر قتله ، وهكذا إذا بعث احد جاهلا على قتل شخص او حفر بئر في الطريق فوقع فيه مؤمن ففى جميع هذه الفروض يصح عرفاً اسناد القتل اليه ، لعدم توسط فعل عاقل مختار فى البين ، فيثبت آثاره عليه لامحالة . وأما اذا أمر أحد غيره بأكل مال الغير واصر عليه في ذلك حتى أوجد له الداعي على الأكل فأكله لايسند اليه الفعل لتوسط ارادة فاعل مختار في ذلك . وما نحن فيه من هذا القبيل ـ أي الثاني ـ فلا يقال عرفاً ان البائع خسره ـ فتأمل .

(الثالث) التغرير ، وفي النبوي « المغرور يرجع الى من غر » ، وهذا النبوي وان كان ضعيف السند وانجباره بعمل الأصحاب غير معلوم ـ مضافاً الى مابيناه في محله من أصل تحقق الانجبار بالعمل ـ الا انه يمكن استفادة ذلك من بعض الأخبار الواردة في موارد خاصة ، فان ثبت ذلك يكون موجبات الضمان ثلاثة : اليد ، والضمان ، والتغرير .

(وبالجملة) البحث في هذه المسألة يقع من جهات ثلاثة : « الأولى » في رجوع المشتري الى البائع فيما يغرمه للمالك زائداً على الثمن في مقابل العين ، كما اذا اشتراها بأقل من ثمنها الواقعي فأخذ منه المالك تمام القيمة . « الثانية » في رجوعه اليه فيما يغرمه المالك في مقابل المنافع التي استوفاها . « الثالثة » فيما يغرمه المالك في مقابل المنافع الغير المستوفاة أو ماخسره في غير ذلك مما لم يرجع اليه نفعه .

(أما الجهة الأولى) فاستدل فيها على الرجوع بوجوه :

(الأول) دليل لاضرر . وقد عرفت ان ثبوت الضمان ـ وان كان مزيلا

لضرر المشتري ـ الا انهضرر على البائع ، فلا يجري في المقام ، مضافاً الى عدم اثباته الضمان في نفسه ،

(الثاني) قاعدة التسبيب ، فان البائع هو الذي أوقع المشتري في تلك الخسارة ، (وفيه) انها ليست مورد آية ، بل لابد فيها من استناد الفعل الى السبب عرفاً لضعف المباشر وكونه بمنزلة الآلة ، كما اذا فتح احد باب قفس الحيوان فطار أو امر مجنوناً بقتل أحد . ومن هذا القبيل شاهد الزور الذي رجع عن شهادته ، فانه يصدق انه خسر المحكوم عليه لأن الحاكم معذور .

(نعم) في ثبوت الضمان على من قدم طعاماً لغيره فأمره بالأكل كلام يمكن ان نتعرض له ، فالعمدة هو (الوجه الثالث) اعني الغرر . وقد ورد في النبوي أن المغرور يرجع الى من غر ، وهو ضعيف السند ولم يعلم انجباره بعمل الأصحاب ، اذ لعلهم استندوا في هذه القاعدة الى الروايات الواردة في موارد خاصة ، وقد ذكرها بعضهم :منها ماورد (١) في أن ولي المرأة اذازوجها وكانت معيبة فان كانت

---

(١) ذكر بعضها في ج ١٤ من الوسائل ـ كتاب النكاح ـ في الباب الثاني من أبواب العيوب والتدليس ص ٥٩٦ . واليك بعضها :

عنهم ـ يعني محمد بن يعقوب عن عدة من اصحابنا ـ عن سهل ، عن أحمد بن محمد ، عن رفاعة بن موسى قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام « الى أن قال » وسألته عن البرصاء فقال : قضى امير المؤمنين عليه السلام في إمرأة زوّجها وليها وهي برصاء أن لها المهر بما استحل من فرجها وأن المهر على الذي زوجها ، وانما صار عليه المهر لأنه دلسها ، ولو أن رجلا تزوج إمرأة وزوجه إياها رجل لايعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء ، وكان المهر يأخذه منها . قال صاحب الوسائل : ورواه ابن إدريس في (آخر السرائر) نقلا عن كتاب نوادر أحمد بن محمد بن أبي نصر البزنطي عن الحلبي ، عن أبن عبد الله عليه السلام ، ورواه الشيخ باسناده عن محمد بن يعقوب .

عوراء او برصاء أو مجنونة يكون المهر على الولي المزوج . ومنها (١) ماورد فيما اذا ظهرت المرأة المزوجة مملوكة للغير ولم تكن ببنت مهيرة ان المهر يكون على المزوج . وهذه الطائفة اجنبية عما نحن فيه ، لأن ضمان المزوج للمهر في موارد خاصة غير مستلزم لكون التغرير موجباً للضمان مطلقا . ويؤكد ذلك مافي بعضها من رجوع المالك الى المشتري في قيمة الولد ، فان مقتضى القاعدة أن يكون الولد رقاً للمالك لأنه من توابع الأم ومنافعها كولد الشاة واثمار الأشجار ونحوها ، كما في فرض الزنا بأمة الغير يكون الولد ملكاً لمالكها ، الا انه بما ان الوطي وطي شبهة فيما نحن فيه يكون الولد حراً ، فيرجع المالك الى المشتري بقيمته .

(وبالجملة) في المقام روايتان معللتان يمكن استفادة العموم والاطلاق منهما :

(احداهما) روايه اسماعيل بن جابر الواردة في رجوع الزوجة الى الزوج بالمهر معللا بقوله عليه السلام « كما خدعه وغره » أي لأنه خدعه وغره (وفيه) اولا ـ انها ضعيف السند بمحمد بن سنان ، فان اقوال اهل الرجال فيه مختلفة بين قادح ومادح ، والقدح فيه اكثر حتى نقل انه في اواخر حياته دفع كتابه الى

---

(١) ذكر في الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٢ كتاب النكاح :

محمد بن يعقوب ، عن محمد بن يحيي ، عن محمد بن الحسين ، عن محمد بن سنان ، عن اسماعيل بن جابر قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نظر الى إمرأة فأعجبته فسأل عنها فقيل : هي ابنة فلان ، فأتى أباها فقال : زوجني ابنتك ، فزوجه غيرها فولدت منه فعلم بها بعد أنها غير ابنته ، وأنها أمة ، قال : ترد الوليدة على مواليها والولد للرجل ، وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالى الوليدة كما غرّ الرجل وخدعه .

ونقل ايضاً أحاديث اخر تدل على ذلك في ص ٥٧٧ باب ٦٧ من ج ١٤ كتاب النكاح .　　　(محمود علي الحسيني)

شخص ونهى عن أن يروي عنه شيئاً وقال : اني اخذت ذلك من اهل السوق . وبالجملة على أي تقدير لم يثبت وثاقته . وثانياً ـ دلالتها قاصرة ، فان عموم العلة انما يقتضى الرجوع الى غير الزوج في المهر ولايقتضي الرجوع في غير المهر من المصارف حتى الى المزوج فضلاعن الرجوع الى الغار مطلقا في جميع الموارد .

(ثانيها) ماحكي من قضايا امير المؤمنين عليه السلام فيمن تزوج فبان كون المرأة برصاء او عمياء فانه يرجع الى المزوج لأنه غره وخدعه (وفيه) أيضاً ـ مضافاً الى ضعف السند بسهل بن زياد ـ انها ضعيفة الدلالة ، لمابيناه في الرواية المتقدمة .

(وبالجملة) قاعدة التغرير ـ اعني رجوع المغرور الى من غره ـ مما لم يعمل بها الفقهاء في جميع الأبواب ، وانما استندوا اليها في باب البيع فقط ، والروايات التي يستدل بها على القاعدة بين ما هي ضعيفة السند او الدلالة او هما معاً ، فالنبوي وهو قوله صلى الله عليه وآله « المغرور يرجع الى من غر » وان كانت دلالته تامة الاانه ضعيف السند ، وأماالروايتان المعللتان فهما ضعيفتان منحيث السند والدلالة: أما من حيث السند فلما عرفت ، وأما من حيث الدلالة فلان عموم العلة لايقتضي الا ضمان التغرير في خصوص المهر دون غيره .

(هذا) مضافاً الى انه لو تم الاستدلال بها كان الدليل اخص من المدعى ، لأن رجوع الزوج الى الغار في المهر انما هو في فرض علمه بالعيب دون ما اذا جهل به ، كما صرح بذلك في بعضها وذكر فيها انه مع الجهل لاشيء عليه . كما ان عنوان الغرور والتدليس ايضاً لايصدق الافي فرض علم الغار بالعيب ونحوه ، لأنه مرادف للخديعة ولايصدق مع الجهل ، فعلى فرض تمامية دلالة هذه الأخبار على ثبوت الضمان بالتغرير لايتم الاستدلال بها للمقام لأنها اخص من المدعي . ومحل الكلام في المقام رجوع المشتري الى البائع فيما يغرمه المالك مطلقا ، سواء كان البائع جاهلا بالحال او عالماً به ـ فتأمل ، فيكون الدليل اخص من المدعى .

(وأما) رواية جميل (١) وقوله عليه السلام فيها « ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي اخذت منه » فهي قويّة من حيث السند كما انها قوية دلالة ايضاً من حيث ورودها في البيع وصراحتها في رجوع المشترى الى من باعه بالثمن وقيمة الولد ، الا انه يرد عليه احتمال اختصاص رجوع الحكم بالولد فان له احكاماً خاصة ، وقد عرفت ان مقتضى القاعدة فيما اذا استولد احد جارية الغير ان يكون الولد رقاً لمالكها للتبعية ، الا انه حكم الشارع في وطى الشبهة بحريته ورجوع المالك الى والده بقيمته ، فمن المحتمل ان يكون مختصاً بحكم آخر ، وهو رجوع المشتري الى البائع في قيمته ايضاً ، فلا يمكن التعدي عنه الى بقية الموارد .

وبما بينا ظهر انه لاوجه لماذكره بقوله : فان حرية ولد المشتري إما ان يعد نفعاً عائداً عليه أولا ، وعلى التقديرين يثبت المطلوب .

وأما قوله قدس سره : « مع أن في توصيف قيمة الولد انها اخذت منه نوع اشعار لعلية الحكم فيطرد فيسائر مااخذت منه » - الخ (ففيه) انه نظير ماذكره بعض العامة في قوله صلى الله عليه وآله وسلم « في الغنم السائمة زكاة » من دلالته على الزكاة في غير الغنم من الحيوان السائم ، بتوهم ان علة الحكم هوالوصف فيدور الحكم مداره ولو في موضوع آخر وهو غير صحيح وأجنبي عن مفهوم الوصف ، بل الظاهر أن اخذ عنوان الأخذ انما هومن جهة أن رجوعه الى البائع انمايكون بعداخذ المالك منه والا فليس له الرجوع كما سنذكره انشاء الله تعالى فى تعاقب الأيادي ، فان المالك في تعاقب الأيادي اذا رجع الى الغاصب الأول واخذ منه المال له أن يرجع الثاني ، وأما اذا عفى ولم يأخذ منه اوفرضنا انه متردد في الأخذ بعد فليس للسابق أن يرجع الى اللاحق ، فاعتبار الأخذ في المقام يحتمل أن يكون لهذه النكتة اولا من جهة

---

(١) وهي آخر رواية ذكرها صاحب الوسائل في باب حكم مالوبيعت الأمة بغير اذن سيدها فولدت من المشتري ج ١٤ ص ٥٩٢ .

بيان انه يرجع الى البائع بمقدار ما اخذ منه لااقل ولا اكثر ، فان مايأخذه المالك من المشتري يختلف باختلاف القيمة السوقية ، وله الرجوع الى البائع بمقدار مااخذ منه دون غيره ، فلا اشعار فيه في علية الأخذ للرجوع ليثبت في جميع موارد الأخذ الا على مسلك بعض العامة الذي هو بديهي الفساد .

أما رواية زرارة (١) فسكوته عليه السلام عن بيان رجوع المشتري الى البائع دليل على عدم الرجوع لو كان فى مقام البيان ، فيقيد حينئذ اطلاقه بما دل على الرجوع بقيمة الولد من الروايات الأخر .

وأما رواية زريق (٢) فقد ذكر فيها رجوع المالك الى المشتري في قيمة الأرض المبتاعة وما كان فيها من غرس او بناء ونحو ذلك وتلف في يد المشتري ، كما حكم فيها بأن المشتري اذا أحدث في الأرض شيئاً من غرس او بناء ونحوه ليس للمالك إلزامه بقلعها بل يتخير المشتري بين قلعها وبين اخذ قيمتها من المالك . وهذا نظير حصول الشركة القهرية في بعض الموارد ، وهذا هومقتضى العدل والانصاف ولاتعرض فيها لرجوع المشتري الى البائع ، لأن البائع في موردها هو القاضي ،

(١) ذكرها في الوسائل ص ٥٩٢ ج ١٤ كتاب النكاح . واليك نصها .

محمد بن الحسن باسناده عن الصفار ، عن يعقوب بن يزيد ، عن صفوان بن يحيى ، عن سليم الطربال او عمن رواه ، عن سليم ، عن حريز ، عن زرارة قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام . رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها الى أرضه فولدت منه أولاداً ، ثم إن أباها يزعم أنها له ، وأقام على ذلك البينة ، قال : يقبض ولده ويدفع اليه الجارية ويعوضه في قيمة ماأصاب من لبنها وخدمتها.

(٢) نقلها في الوسائل ص ٢٥٣ ج ١٢ كتاب التجارة . وهي طويلة لايسعنا المجال لذكرها ، فراجعها هناك .

(محمود علي الحسيني)

وهو مكره من قبل الشارع في البيع بعد قيام البينة ، فلا يكون ضامناً .

(وبالجملة) لاوجه لرجوع المشتري الى البائع فيما يغرمه المالك بأزاء المنافع ، لأن عمدة المستند فى رجوعه اليه قاعدة التغرير ، ولا دليل عليها سوى الروايات الخاصة الواردة في موارد خاصة كرجوع الزوج الى المزوج او غيره فى المهر اذا ظهرت الزوجة معيبة أو كانت أمة ولم تكن بنت مهيرة اوبان كونها بنت امة ، والرجوع اليه بقيمة الولد اذا بان كونها امة ، ولا يمكن التعدي عنها ، كما ان اثبات الضمان بحديث لاضرر غير ممكن خصوصاً في المنافع المستوفاة حيث لايتضرر المشتري بدفع قيمة مااستوفاه غالبا .

(وأما) الاجماع المدعي في الايضاح فهو مبني على اقوائية السبب من المباشر وقد عرفت عدم تماميتها الا فيما اذا كان المباشر بمنزلة الآلة للسبب ، بحيث كان الفعل مستنداً اليه عرفا ، كأمر الصبي او المجنون بشيء . ومن هذا القبيل المكره ، فان فعله يستند الى المكره . ومن هذا القبيل شاهد الزور ، فان الخسارة يستند اليه لا الى الحاكم ، لأنه بمنزلة المكره في الحكم والقضاء ، فيكون الضمان على السبب لا أن قرار الضمان عليه .

(نعم) المنافع التي يرجع المالك فيه الى المشتري يمكن أن يكون على قسمين : لأنها تارة تكون مما استولى عليها البائع ايضا يتبع استيلاؤه على العين كسكنى الدار مثلا فان حيثيه السكنى من منافع الدار التابعة لها في الملكية والاستيلاء ، فليستولي عليها بالاستيلاء على عين الدار فاذا فرضنا استيلاء البائع على الدار أولا ثم باعها على المشتري فقد استولى البائع ايضا على تلك المنفعة ، واخرى لايكون كذلك ولم تدخل تحت استيلاء البائع اصلا كالمنافع العينية التي تجددت للعين بعد دخولها تحت يد المشتري ولم تكن موجودة حين استيلاء البائع عليها كالثمرة واللبن ونحوهما ، فان البائع لم يستول عليها ولم يضمنها .

(أما القسم الثاني) فليس للمالك الرجوع فيه الى البائع اصلاً ، لعدم دخول

تلك المنافع تحت يده ليكون ضامنا له كما انه ليس بمتلف لها ، فاذا رجع بها المالك الى المشتري ليس له الرجوع الى البائع لعدم الدليل على ماعرفت . وأما القسم الثاني فللمالك أن يرجع الى كل من البائع والمشتري ، لأن كلا منهما ضامن لها ، فيقع الكلام فى انه اذا رجع الى البائع فهل له الرجوع الى المشتري ، او اذا رجع الى المشتري فهل للمشتري أن يرجع الى البائع او ليس له ذلك ؟

(فنقول) سيأتي انشاء الله تعالى في باب تعاقب الأيادي تصوير ضمان اشخاص عديدة لمال واحد إمابنحو الواجب الكفائى و إمابنحو اشتغال ذمة الجميع وسر الضمان أن الوجه في رجوع السابق الى اللاحق بعد مارجع اليه المالك هو أن الغاصب أو من بحكمه يملك المال بقاءاً بعد اداء مثله او قيمته بالسيرة العقلائية وتسالم الأصحاب ، ولذا لو فرضنا أن احداً اتلف زولية من غيره أو تلف تحت يده فأخذ منه المالك قيمته ليس له أن يطالبه بالأجزاء الصغار الباقية منها ، خلافا للمصنف حيث اختار جواز رجوعه اليه ، فمقتضى ذلك جواز رجوع البائع الى المشتري ان رجع اليه المالك ، الا ان في المقام خصوصية ، وهي انه اذا أقدم احد طعام نفسه الذي هو ملكه حدوثا واقعا بعنوان انه له ليأكله مع اعتقاده انه ليس له فأكله وبعد ذلك علم انه كان ملكا له واقعا ليس له الرجوع الى الأكل ببدله ، وهذا موافق للسيرة ومورد تسالم الفقهاء أيضا . وأما عكسه ـ اي اذا أقدم مال الآكل واقعا اليه بعنوان انه ملكاله لاللآكل كما اذا ذبح شاة الغير وقدمه اليه بعنوان انه له لاللآكل فأكله الآكل اذا علم بذلك ان يرجع الى المقدم ، وهذا أيضا موافق للسيرة ومورد للتسالم . ولافرق في كلا الموردين بين الملك حدوثا وبقاءاً .

(وعليه) ففيما نحن فيه اذا رجع المالك الى البائع ليس له الرجوع الى المشتري ، لأنه من قبيل من قدم ملك نفسه حدوثاً الى غيره ليأكله بعنوان انه ملكه مع اعتقاده بأنه ليس له ، بل لافرق بينهما الا في كون المال ملكاً له حدوثاً فى

الفرض وبقاءاً فيما نحن فيه ، وقد عرفت انه لايوجب فرقاً من حيث الضمان وعدمه وأما اذا رجع المالك الى المشتري فله أن يرجع الى البايع لأنه قدم اليه مال نفسه بقاءاً بعنوان انه له فيكون ضامناً له ، كما كان ضامناً في فرضه كونه مالا له حدوثاً ، فالصحيح في المقام هو التفصيل كما ذكرنا .

(ومما بيناه) ظهر الحال في المنافع المستوفاة ايضاً ، فان في مورد رجوع المشتري الى البائع فى المنافع غير المستوفاة يكون الرجوع اليه في المستوفاة ثابتاً بالأولوية ، وفي مورد عدم رجوعه اليه لايفرق بين المستوفاة وغيره كما هو ظاهر ، فما حكاه المصنف عن الرياض على اطلاقه غير تام .

(والحاصل) ان قاعدة التغرير ورجوع المغرور الى من غره مما لادليل عليها ، فاذاً في المنافع التي لم يستول عليها البائع ـ كنتاج المبيع من صوفه او لبنه أو نحو ذلك ـ ليس للمالك ولا للمشتري اذا رجع اليه المالك الرجوع الى البائع ، وأما ما استولى عليه البائع من المنافع بتبع استيلاؤه على العين كسكنى الدار ، فهي نظير طعام الآكل الذي هوملكه واقعاً فيقدمه احداليه ليأكله بعنوان انه لهلاللآكل فأكله ثم بان انه له واقعاً ، فانه يرجع الآكل اليه لأنه اتلف مال الآكل بفعله عرفاً فهو ضامن له من باب الاتلاف لااليد ، فيثبت عليه الضمان ولولم يدخل المال تحت يده . وهكذا اذا قدم مال شخص ثالث اليه بعنوان انه له ليأكله فأكله ثم رجع المالك الى الآكل فيأخذ منه قيمته ، فانه يملكه بقاءاً وله الرجوع الى المقدم ويكون قرار الضمان عليه ، كما ان المالك اذا رجع في الفرض الى المقدم ليس له الرجوع الى الآكل ، وهذا مورد السيرة وتسالم الأصحاب ظاهراً .

والظاهر انه لافرق في ذلك بين العمد والاشتباه ، فاذا تخيل المقدم ان الطعام له فقدمه الى غيره فأكله ثم بان انه للاكل واقعاً يجوز له الوجوع اليه لإتلافه اياه عرفاً .

(هذا كله) فى تقديم الطعام ، واما البيع فالظاهر فيه هوالتفصيل بين صورة تغير البائع للمشتري وعدمه بحسب السيرة ، فاذا كان البائع عالماً بأن المبيع للغير فخدعه للمشتري ان يرجع اليه بما غرمه المالك بإزاء المنافع ، ويكون قرار الضمان عليه لأنه هو الذي اتلفها عرفاً بتقديمها للمشتري مجاناً وبلاعوض كما فى تقديم طعام الغير اليه ليأكله ، وأما اذا لم يكن عالماً بالحال بل كان مشتبهاً فالظاهر عدم الرجوع اليه ، كما اذا فرضنا ان احداً تخيل ان الأرز المعين له فباعه الى شخص فقير بثمن زهيد واشترط عليه أن يأكله ارفاقاً عليه ثم ظهر انه لم يكن له بل كان مال الغير يكون قرار الضمان على المشتري الآكل ، فان رجع المالك الى الآكل اوبان كونه ملكاً للفقير نفسه واقعاً ليس له الرجوع الى البائع ـ فتأمل . والسيرة جارية على هذا .

(وبالجملة) فحال فساد البيع في فرض اشتباه البائع من هذه الجهة حال فساده من غير جهة كون المبيع للغير ، فكما لايكون البائع ضامناً للمنافع منه لايكون ضامنا لها في المقام ايضا ، فصح ماذكره الحدائق من حكمه بعدم الضمان فى الفرض .

(ثم) انه لايفرق فيماذكرناه بين المنافع المستوفاة وغيرها ، ففيما جاز الرجوع فى غير المستوفاة جاز فيه الرجوع في المستوفاة بالأولوية ، كما انه فيما لم يجز الرجوع من المستوفاة فعدم جواز الرجوع فيه فى فرض عدم الاستيفاء اوضح (وبما بيناه) ظهر الحال فيما يغرم المالك المشتري من زيادة الثمن ، فانه يرجع به الى البائع لأنه المتلف لها على المشتري ، كما ظهر الحال ايضا فيما يأخذه المالك من البائع بأزاء الأوصاف التالفة ، من غير فرق بين وصف الصحة وبقية الأوصاف ، وتفصيل المصنف بين وصف الصحة وانها بمنزلة الأجزاء دون غيرها مما لايقسط عليه الثمن بلاوجه ، فان وصف الصحة ايضا لايسقط عليها الثمن ، والأرش انما ثابت بالدليل ولذا لو فرضنا انه اشترى معيباً وكان صحيحاً في الواقع ليس للبائع ان يأخذ منه اكثر من الثمن .

(والحاصل) ان مقتضى القاعدة عدم رجوع المشتري الى البائع فيما يرجع اليه المالك مطلقا ، لأن التلف يكون تحت يده فيكون قرار الضمان عليه ، الا انا خرجنا عن ذلك بالسيرة فيما اذا كان في غير الثمن المسمى فيما اذا كان البائع غاراً للمشتري .

(ثم ان) رجوعه اليه انما هو فيما اذا لم يكن البيع فاسداً من جهة اخرى ، وأما اذا كان فاسداً مع قطع النظر عن كذب البائع ـ كما اذا فرضنا كونه ربوياً ـ فضمان المشتري ليس مستنداً الى كذب البائع وانما هو مستند الى يده العادية التي لم تنشأ من سبب صحيح شرعي فليس له الرجوع اليه .

(ثم ذكر) المصنف ان كلما لايرجع به المشتري الى البائع اذا رجع اليه المالك يرجع به البائع الى المشتري اذا رجع اليه ، لأن قرار الضمان يكون عليه لأن التلف صار في يده .

(ثم) اورد على نفسه بأنه لماذا يرجع البائع فى ذلك الى المشتري ـ اي السابق الى اللاحق ـ مع حصول العين في يد كل منهما ، وهي السبب للضمان ولم يحصل من اللاحق اتلاف على الفرض ليكون اتلافه موجباً لاستقرار ضمان السابق ، فبهذه المناسبة تعرض لبحث تعاقب الأيادي وذكر فيه امرين :

تعاقب الايادي

(الأول) كيفية اشتغال ذمم متعددة بمال واحد وصيرورته في عهدة أشخاص عديدة ، وأفاد فى بيان ذلك ماحاصله : ان معنى ضمان اشخاص عديدة لمال واحد ان يكون ذمة كل منهم مشغولة بالمال على البدل ، بحيث لوخرج واحد منهم عن ذلك سقط ذمم الجميع والا كان ذمم الجميع مشغولة ، وهذا نظير الواجب الكفائي

فكما يمكن أن يكون المطلوب واحداً والمطلوب منه متعدداً كذلك يمكن ان يكون المال واحداً وضمانه متعدداً .

ثم نظر ذلك بما ذكره العامة في ضمان الذمم ، فانهم قالوا انه اذا ضمن احد مافي ذمة المديون يكون ذلك من قبيل ضم ذمة الى ذمة ، فجعلوا الضمان فيه من باب ضم ، ولكن الخاصة ذهبوا الى انه من ضمن وانه من قبيل انتقال المال من ذمة الى ذمة اخرى ، فعلى مسلك الجمهور يكون كل من المديون والضامن ضامناً لما في الذمة على البدل ، وهكذا ماذكره بعض فقهائنا في ضمان الأعيان في أحد العوضين .

(مثلا) اذا أراد احد بيع عين ولم يكن المشتري مأموناً من كونها له بل يحتمل ان تكون العين مسروقة فيطالب البائع بالضامن لمايدفعه اليه من الثمن اذا ظهرت العين مستحقة للغير ، فاذا ضمنه شخص يكون الثمن في عهدتهما ، فيكون البائع ضامناً للثمن لليد ويكون الضامن ضامناً له بالاختيار ، وهكذا في العارية المضمونة فيما اذا لم يطمئن المعير بالمستعير فضمنه الآخر ، فان المستعير يكون ضامناً لليد والضامن بالاختيار ، وكذلك الحال في ضمان شخصين لمال واحد على سبيل الاشتراك ، بأن يكون كل منهما ضامناً لبعضه وعلى سبيل الاستقلال ايضاً ، فباب تعاقب الأيادي يكون نظير هذه الموارد .

(هذا) حاصل ماذكره المصنف في حال المالك بالاضافة الى الضامنين .
وقد اورد عليه الميرزا بما حاصله : انه لايقاس الضمان بالوجوب الكفائي ، فان في الواجب الكفائي يكون التكليف متوجهاً الى كل واحد من المكلفين ، غاية الأمر مقيداً بعدم اتيان الباقي بما تعلق به الأمر . وأما في الضمان إن كان ضمان كل من ذوي الأيادي مقيداً ومشروطاً بعدم ضمان الباقي يكون مرجعه الى عدم ضمان الجميع كما هو ظاهر . ثم ذكر ان ضمان شخصين في باب الذمم او غيرها يمكن ان يكون طولياً ، بمعنى ان الضامن يكون ضامناً للدائن ، فاذا طالبه بالمال واداه بما ان ضمانه

له كان بأمر المديون يكون المديون ضامناً له ، فالضامن ضامن للدائن والمديون ضامن للضامن .

(وبالجملة) ربما يقال في تعاقب الأيادي انه كيف يمكن ان يكون الذمم العديدة مشغولة بمال واحد ، ثم كيف لايرجع اللاحق الى السابق اذا رجع اليه المالك الا اذا كان مغروراً ويرجع السابق الى اللاحق الااذا كان غاراً له ، مع ثبوت يد كل منهما على المال ونسبة الضمان اليهما على حد سواء ، والمفروض ان اللاحق لم يتلف المال ليقال انه صار سبباً لاستقرار الضمان على السابق .

(وقد أجاب المصنف) عن الأول بما حاصله : ان معنى اشتغال الذمم بمال واحد أن يكون كلا منها مشغولا للمالك على البدل ، فاذا رجع الى احدها واستوفي منه ماضمنه سقط ذمة الباقي ، اذالمال الواحد ليس له الا بدل واحد ، والمفروض عدم اشتغال الذمم بغير عنوان بدل التالف . وهذا نظير الواجب الكفائي .

(وقد أورد) عليه الميرزا بماحاصله الفرق بين الضمان وبين الواجب الكفائي فان في الواجب الكفائي يكون اطلاق الوجوب بالاضافة الى كل مكلف مشروطاً بعدم اتيان غيره بالواجب ، وهذا المعنى في الضمان غير ممكن ، لأن ضمان كل منهما مشروطا بعدم ضمان الآخر مرجعه الى عدم ضمان الجميع ، فان هذا لوكان ضامنا فالآخر غير ضامن وكذا العكس ، ولذا التزم « قده » في موارد الضمان بالضمان الطولي ، بمعنى ان الضامن ضامن للمالك ، والمديون ضامن لماضمنه بعد ما ادى البدل الى المالك ، وكذا فى تعاقب الأيادي .

(ونقول) ماذكر فاسد بناءاً ومبني : أماالمبني فلان الواجب الكفائي - على مابيناه في محله - ليس وجوباً مشروطاً ، بل هوسنخ وجوب متعلق بطبيعي المكلف نظير الواجب التخييري الذي يكون الطلب فيه متعلقاً بالجامع بين الأمرين او الأمور ، ففي الوجوب التخييري يكون الفعل كلياً وفي الكفائي يكون الفاعل

كفائياً (وذلك) لأن الملاك والمصلحة كما أنه قدتكون متحققة في الجامع ، وحينئذ يكون الأمر بخصوص حصة أو فرد دون غيره ترجيح بلامرجح ، كذلك قدتكون قائمة بصرف وجود الفعل الصادر من طبيعي المكلف الملغي عنه الخصوصيات فتوجيه الأمر حينئذ الى احد الأفراد دون غيره ترجح بلا مرجح ، وتوجيه التكليف الى جميع الأفراد مستقلا بلا مصلحة وملاك ، فلابد وأن يتعلق الوجوب بطبيعي المكلف ، فاذا أتى احدهم بالواجب سقط عن الجميع والا ثبت استحقاق العقاب على الجميع ، وفي الضمان ايضاً نلتزم بضمان كفائي ، بأن يكون الضمان ثابتاً على الجامع - اعني طبيعي من استولى على المال الملغى عنه الخصوصيات الفردية - لعدم الفرق بين هذه الجهة بين التكليفية والوضعية ، اذ كما يمكن ان يكون المملوك هو الطبيعي الملغي عن الخصوصيات - كما في بيع صاع من من صبرة فان المملوك حينئذ طبيعي الصاع من الصبرة من غير دخل لخصوصيات الصاع فيه - ويمكن أن يكون المالك كلياً - كما في الزكاة ونحوها ، فان مالكها كلي الفقراء - كذلك يمكن أن يكون الضامن كلياً .

(هذا كله) في فساد المبني ، وأما البناء فلانه لو سلمنا ان الوجوب الكفائي وجوب مقيد الاانه كما ان القيد فيه عدم اتيان الباقي بذات الواجب لاعدم الوجوب على الباقي والا جرى فيه الاشكال المزبور ايضاً ، كذلك في الضمان يكون القيد لضمان كل واحد عدم خروج غيره عن عهدة المال لاعدم ضمانهم ، فيندفع الاشكال .

(فعلى) أي تقدير لامانع من ضمان اشخاص عديدة لمال واحد بنحو الواجب الكفائي ، وانما لم نلتزم به في ضمان مافي الذمم لعدم الدليل ، بل لوجود الدليل على الخلاف لا الاستحالة وان نسب الى العلامة (نعم) ضمان المديون والضامن معاً للمالك عرضاً بنحو الاستقلال - بأن يكون لماله الواحد بدلان احدهما في ذمة

المديون والآخر في ذمة الضامن - مستحيل بالمعنى الذي تقدم ، اذ ليس لمال واحد سوى البدل الواحد .

(هذا كله) في تصوير ضمان اشخاص عديدة لمال واحد ، وأما رجوع السابق الى اللاحق دون العكس فقد ذكر فى وجهه امور :

(الأول) ماذكره السيد في الحاشية ، وحاصله انه لافرق بين تلف المال تحت يد اللاحق واتلافه له ، لأنه كما صار سبباً لثبوت الضمان على ذمة السابق في فرض الاتلاف - حيث انه لولم يتلفه لكان يرجع المالك الى عين ماله ولهذا يرجع اليه السابق - كذلك في فرض التلف اوكان اللاحق ارجع مال الغير الى مالكه ولم يحبسه الى ان يتلف لسقط اشتغال ذمة السابق للمالك ، وبما ان الرجوع ثابت في فرض الاتلاف فلابد وان يثبت فى التلف أيضاً لوحدة الملاك .

(وفيه) مضافاً الى ان الرجوع في فرض الاتلاف ايضاً قابل للمناقشة لأن ضمان السابق مستند الى يده واستيلائه وليس مسبباً عن اتلاف اللاحق (نعم) لايبعد كونه من قبيل ايجاد ماعلق عليه الضمان ؛ وعلى فرض كونه سبباً له عرفاً فهو لايوجب الرجوع الا على القول بالضمان في التسبيب ، انه فرق بين الاتلاف والتلف ، فانه في فرض الاتلاف أوجب المتلف بفعله تبدل ضمان السابق بالعين الى ضمانه بالبدل ، وهذا بخلاف صورة التلف ، اذ لم يصدر منه فعل اختياري يوجب اشتغال ذمة السابق بالبدل . ودعوى انه لولم يحبسه ودفعه الى المالك فرغ ذمة السابق اشكال مشترك بين السابق واللاحق ، فان اللاحق أن يقول للسابق لماذا مارددته انت للمالك ليفرغ ذمتك (وبالجملة) لو سلمنا استقرار الضمان على اللاحق في فرض الاتلاف فلا موجب له في فرض التلف ، فهذا الجواب غير تام .

(الجواب الثاني) ما افاده المصنف ، وحاصله : الفرق بين الضامن الأول وغيره ، من حيث ان الضامن الأول بوضع يده على مال الغير ينتقل الى ذمته العين

بالقاء الخصوصيات الشخصية ، فهو يضمن مجرد العين الملغي عنها الخصوصيات وأما الضامن الثاني اذا استولى على العين فقد استولى على العين المضمونة بكونها ذا بدل ، وهذا بخلاف الضامن الأول فانه لم يتول الا على العين المجردة عن هذا العنوان ، فلم يضمن سوى نفس العين ، وأما الضامن الثاني فهو استولى على العين المعنونة بكونها ذات بدل ثابت في ذمة الضامن الأول ، فهو يضمن الجامع بين العين والبدل ـ أي احد الأمرين ـ نظير الواجب التخييري ، وهذا هو مراده بقوله قدس سره « فقد ضمن شيئاً له بدل » فهذا الضمان يرجع الى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل .

(وبالجملة) فاذا رجع المالك الى الأول سقط أحد طرفي التخيير ـ اعني اشتغال ذمة اللاحق بالعين للمالك ـ اذ لامعنى لضمان اللاحق له بعد وصول ماله اليه فيتعين الطرف الآخر ـ اعني اشتغال ذمته بالبدل للسابق ـ فله الرجوع اليه ، غايته بعد مارجع اليه المالك ودفعه اليه لاقبله . وهذا هو الفرق بين الضامن الأول وغيره .

(هذا) ويرد عليه قبل كل شيء ان العين لاتعنون بكونها ذات بدل الا بعد التلف ، وأما قبله فبمجرد استيلاء الضامن الأول عليها لا تكون ذات بدل ، فنسبة كل من اليدين على المال نسبة واحدة ، ولا فرق بينها الا من حيث السبق في الزمان واللحوق ، فأولا اشتغل ذمة الضامن الأول بالمال ثم اشتغل ذمة الضامن الثاني به ، ولا اثر للسبق الزماني .

(هذا) وأورد عليه السيد في حاشيته بوجوه سبعة يمكن الجواب عن بعضها ومالادافع عنه ثلاثة .

(احدها) ان مقتضى ذلك أن يكون الضامن اللاحق ضامناً للمالك بأحد امرين من العين والبدل لاضمانه للضامن الأول ، فان البدل في ذمة الضامن الأول ملك للمالك ، فبدله الثابت في ذمة الضامن اللاحق ايضاً يكون ملكا للمالك

لاللضامن السابق .

(ثانيها) انه اذا فرض رجوع العين الى الضامن السابق وتلفه في يده لازم ذلك جواز رجوع الضامن السابق الى اللاحق ايضا ، مع ان الأمر بالعكس . (ثم أورد) على نفسه بأن رجوع المال الى الضامن السابق يستلزم كون السابق لاحقاً واللاحق سابقا ، فيكون السابق ضامنا لماله البدل (فأجاب عنه) بأن يده الثابتة لاتوجب الضمان ، اذ المفروض ثبوت الضمان بيده الأولي ، وهوباق بعدولم يرتفع .

(ثالثها) ان لازم ذلك جواز رجوع الضامن السابق الى اللاحق قبل دفع البدل الى المالك ، وهو أيضا كما ترى .

(هذا) وقد أورد الميرزا على السيد بما حاصله : انه لم‌يعبر كلام الشيخ على وفق مراده ، ثم حمل « قده » كلام المصنف على الطولية ، بمعنى ان السابق ضامن للمالك واللاحق ضامن لما ضمنه ، كما في الضمان العقدي ، فان من ضمن المديون يكون هو الضامن للمالك الدائن لاالمديون ، وأما المديون فهو ضامن طولا لماضمنه بمعنى أن الضامن بعد مادفع الدين الى مالكه له ان يرجع الى المديون بما دفعه ، لأن ضمانه كان بأمره وفي المقام كذلك .

(ونقول) ان ماافاده ـ وان كان ممكناً ثبوتا ومعقولا ـ الا انه لادليل عليه اثباتا ، فان دليل الضمان في تعاقب الأيادي منحصر في اليد ، ونسبته الى السابق واللاحق واحدة ، ولاوجه لكون السابق ضامنا للاحق واللاحق ضامنا لما ضمنه السابق ، بل مقتضى القاعدة ضمان كل منهما للمالك ، وانما التزمنا به في الضمان العقدي للدليل وهو مفقود في المقام .

(هذا) مضافا الى ان لازم ذلك ان لايجوز للمالك الرجوع الى الضامن اللاحق ، لأنه ليس ضامنا للمالك وانما هو ضامن للضامن السابق على الفرض ، كما في الضمان العقدي في باب الدين والذمم ، وهذا مما لايمكن الالتزام به في المقام ،

قوله (قده) : وربما يقال (١)

فالظاهر ان مراد المصنف هو الذي فهمه السيد وأورد عليه قوله « قده » :

(١) انتهى كلامنا الى الوجه فى رجوع الضامن الأول الى الثاني - اي السابق الى اللاحق - والتعبير بالأول والثاني نظير عنوان المعقولات الثانوية التي تعم الثاني ومازاد . وكيف كان قدمر الوجه الأول فى بيان ذلك الذي ذكره المصنف (الوجه الثاني) ما حكاه عن الجواهر ، وحاصله : ان من تلف المال في يده خطابه ذمى ، فتكون ذمته مشغولة بالبدل للمالك ، وأما غيره فخطابه تكليفي وليس له اشتغال ذمة بالاضافة الى المالك ، وعليه فاذا رجع المالك الى غير من تلف المال في يده وطلب منه البدل وجب عليه الأداء ، فاذا أداه يملك ما فى ذمة من تلف المال في يده من مال المالك بالمعاوضة القهرية اويملك التالف كذلك ، ولامانع من ملكية العين التالفة كما في الخيار اذا فسخ من له الفسخ بعد تلف العين فله الرجوع اليه ، وهذا بخلاف ما اذا رجع المالك بالبدل الى من تلف عنده المال ، فانه لايمكنه الرجوع الى غيره لعدم اشتغال ذمته الى المالك وانما خطابه كان تكليفيا محضا وقد سقط بوصول مال المالك اليه ، وبهذا فرق بين الضامن الأول والثاني .

(وقد اورد) عليه المصنف بوجوه : تارة من حيث كون خطاب الأول تكليفيا وخطاب الثاني ذميا ، واخرى من حيث المعارضة القهرية ، أما ماأورده على الأول فأمور :

(احدها) راجع الى مقام الثبوت ، وحاصله : عدم الفرق بين الخطاب التكليفي والخطاب الذمي ، فان الخطاب الوضعي منتزع عنده من الخطاب التكليفي كوجوب اداء العين او المثل او القيمة فى المقام ، وليس الخطاب الذمى بنفسه مجعولا مستقلا في قبال الخطاب التكليفي بل هو منتزع منه (وفيه) انه مبني على مسلكه « قده » الذي بينه في الاستصحاب من كون الأحكام الوضعية منتزعة من

الأحكام التكليفية ، وهو غير تام على مابيناه في محله ، فان الخطاب التكليفي قد يثبت في مورد الخطاب الوضعي ايضا وقد لايثبت ، كما في وجوب الانفاق على الولد ووجوب الانفاق على الزوجه بشرائطه ، فان الأول تكليفي محض ولذا لو خالف لايثبت له الضمان ، بخلاف الثاني فانه وضعي ايضا ولذا لوخالف ولم ينفق الرجل على زوجته يكون ضامنا ومديونا له ، فهذا الوجه الراجع الى مقام الثبوت غير تام ، وامابقية الوجوه فهي راجعة الى مقام الاثبات .

(ثانيها) ان موجب الضمان لكل من الضامنين ليس الا اليد ، وأما وقوع التلف في يد الثاني دون الأول فهو ليس من موجبات الضمان ، ومن الظاهر ان دليل ضمان اليد واحد ، وهو النبوي المعروف « على اليد مااخذت حتى تؤدي » ، فكيف يمكن ان يكون مفاد الدليل الواحد حكما تكليفيا في مورد وخطابا ذميا في مورد آخر .

(ثالثها) انه لونقطع النظر عن كون دليل الضمان واحداً ولايمكن انيستفاد منه الحكم الوضعي في مورد التكليفي في مورد آخر ، الا انه لاريب في عدم الفرق بين الأيادي من حيث الآثار ، بمعنى انه رتب اثار اشتغال الذمة على الضامن الأول من اجباره على الدفع ، وتقديم مافي ذمته على الوصية ، وجواز المصالحة على مافي ذمته الى غير ذلك ، كما رتب جميع ذلك على مافي ذمة من تلف المال عنده ، فيعرف من ذلك اشتغال ذمته كاشتغال ذمة الضامن الثاني . ثم بعد ذلك ذكرتا لي فاسد آخر ، وحاصله : ان لازم ذلك عدم جواز رجوع السابق اذا رجع اليه المالك الا الى من تلف عنده المال دون غيره من الضامن اللاحق الذي لم يتلف المال في يده ، مع ان المسلم جواز رجوع كل سابق الى اللاحق مطلقا .

(هذا كله) فيما اورده عليه في دعواه ان الخطاب السابق تكليفي واللاحق ذمي (وأما مااورده) على ماذكره من المعاوضة القهرية الشرعية فحاصله : ان مجرد

دفع البدل ممن لم يتلف المال في يده ليس من اسباب المعاوضة شرعا ، لامن الأسباب القهرية كما في الارث ولا الاختيارية كما في البيع .

(هذا كله) في الوجوه الخمسة التي اوردها على الجواهر ، ونقول بناءاً على ماسلكه صاحب الجواهر من بنائه الفرق على مقدمتين ما اورده المصنف متين خصوصاً بعضها ، إلا انه يمكن بيان الفرق بين السابق واللاحق من غير حاجة الى المقدمة الأولى ، بأن نبني على ان الخطاب بالاضافة الى كل من السابق واللاحق وضعي ، وكل منهما او منهم ضامن لبدل المال غايته على نحو الواجب الكفائي ، بأن يكون البدل ثابتاً على ذمه كل من الضامنين على البدل لاعيناً فانه مستحيل ، لأن المبدل الواحد لايعقل أن يكون له أبدال عديدة بعنوان البدلية ، وكما يمكن أن يكون الطلب واحداً والمتعلق متعدداً كذلك يمكن أن يكون الضمان واحداً والضامن متعدداً (واذا ثبت ذلك) فنكتني بالمقدمة الثانيةونقول : اذا أدى أحدهم البدل الى المالك يملك التالف بقاءاً بالمعاوضة القهرية ،كما عليه السيرة العقلائية ويشهد لهاامران :

(احدهما) ما اذا فرضنا ان احداً اتلف مال الغير حقيقة ـ كما اذا غصب فرس الغير فقتله او ذبحه ـ فأدى الى مالكه المثل أو القيمة ليس للمالك ان يطالبه بميتة ذاك الفرس ، بل يكون متعلق حق الدافع وليس للمالك مزاحمته في ذلك .

(ثانيهما) مااذا فرضنا أن احداً غصب مال غيره وغصبه منه شخص ثاني وألقاه في البحر مثلا بحيث صار بحكم التالف ثم رجع المالك الى الغاصب الأول فأخذ منه البدل يكون مافى البحر ملكاً له لاللمالك ويجوز له تصرفه فيه ، فاذا فرضنا ان الغاصب الثاني أخرجه من البحر لابد من ارجاعه الى الغاصب الأول الذي دفع البدل الى المالك لا الى المالك الأول ، فالسيرة قائمة على تحقق المعاوضة في امثال ذلك ، والمقام من هذا القبيل ، فاذا ثبت ذلك يتم المقصود من رجوع

السابق الى اللاحق دون العكس .

(والحاصل) انه لااشكال في ضمان كل من ذوي الأيادي في تعاقبها للمالك غايته على البدل بنحو الوجوب الكفائي ، فاذا رجع المالك الى احدهم فأخذ منه البدل صار بأدائه مالكاً للمبدل بقاءاً ، ولا مانع من اعتبار ملكية التالف فيما اذا لم يكن لغواً وترتب عليه الأثر ، ويدل على هذه المعاوضة امران :

(أحدهما) انه اذا تلف مال الغير عند شخص أو اتلفه فأدى مثله او قيمته الى المالك لايكون اجزاؤه الباقية ملكاً للمالك ، سواء كانت تسوى بقيمة زهيدة اولم تكن لها قيمة اصلا ، بل يكون بنظر العقلاء ملكاً لمن ادى العوض وليس للمالك مزاحمته فيها .

(ثانيهما) انهاذا تلف المال عرفاً لاحقيقة - كما اذا كان فصاً فألقى في البحر - فرجع المالك الى من ألقاه واخذ بدله منه كان المال ملكاً لمن ادى البدل ، ولذا لو فرضنا أن احداً فتح باب قفس الطير فطار فأدى قيمته الى المالك ثم قتله شخص آخر في الهواء ببندقة ونحوها كان ضامناً لمن ادى بدله لا للمالك ، والسيرة العقلائية قائمة على ذلك ولم يردع عنها ، فيعرف من ذلك ان من ادى البدل في موارد الضمان يكون هو المالك للمبدل .

(وببيان أوضح) انه لا اشكال في ان وجود كل من الفعلين في الواجب التخييري مباين لوجود الفعل الآخر ، وان كان الطلب متعلقاً بالجامع بينهما ، فالامتثال انما يحصل بخصوص الفعل المأتي به لابالجامع ، كما ان الثواب ايضاً يترتب على الفعل الخاص لاعلى الجامع ، وكذا في الواجب الكفائي ، فان التكليف وإن كان متعلقاً بطبيعي المكلف الا ان وجود كل مكلف مباين مع وجود الآخر ، فاذا امتثل التكليف احدهم يكون هو المثاب بخصوصه دون الطبيعي وان كان هناك اثر آخر يترتب عليه دون غيره ، كما اذا فرضنا ورد في الدليل ان من صلى على الجنازة تقبل

شهادته ، فقبول الشهادة يترتب على من صلى دون غيره من المكلفين ، وهذا جار في باب الضمان ايضاً فانه وان كان متعلقاً بالجامع الا ان الاثر المترتب على الضمان ـ وهو ملكية المبدل عند دفع البدل ـ يترتب على خصوص من خرج عن الضمان بأداء البدل دون غيره ، فاذا أدى احدهم البدل الى المالك هو يكون مالكاً للمبدل بقاءاً دون طبيعي الضامن ويكون نازلا منزلته ، فله الرجوع الى من تلف المال في يده ومن كان بينه وبينه ممن وقعت أيديهم على التالف .

(ثم) بعد ثبوت ذلك وكون من ادى البدل مالكاً للمبدل بقاءاً فهو بمنزلة المالك ، فلماذا لايجوز له الرجوع الا الى اللاحق دون السابق كما كان للمالك الرجوع اليه ايضاً بمقتضى « على اليد » ، وهو أيضاً يقتضي رجوع المالك بقاء الى كل منهما .

(وقد) ذكر السيد في وجهه ان اللاحق صار سبباً لاستقرار الضمان على السابق بحبس المال وعدم دفعه الى مالكه ، وهذا هو الذي ذكره في اصل المسألة ، وقد اجبنا عنه بأنه ممنوع صغرى وكبرى : أما الكبرى فلان التسبيب لايوجب الضمان ، وأما الصغرى فلان اللاحق ليس سبباً لضمان السابق ، وانما سبب ضمانه اليد ، واللاحق كان له ان يرفع ضمان السابق بأداء المال الى مالكه فلم يفعل ، فهو لم يرفع ضمانه لا انه صار سبباً لضمانه (فالصحيح) ان الوجه في ذلك هو ان دليل الضمان هو على اليد ، وهو مغي بالأداء والغاية حاصلة بالاضافة الى السابق دون اللاحق ، فان اللاحق قد اخذ المال من السابق ، ولأخذه هذا بقاء عند العقلاء ، ولذا لو فرضنا ان الغاصب الوسط ملك المال بالارث بقاءاً لايدفع البدل ليس له الرجوع الى السابق لأنه اداه اليه .

(وبعبارة اخرى) اللاحق اخذ من السابق ، وأما السابق فلم يستول على مال اللاحق ليكون ضامناً له ، وهذا هو السر في رجوع السابق الى اللاحق الى ان ينتهي الأمر الى من تلف المال عنده فيكون قرار الضمان عليه دون العكس .

(ثم انه هل للمالك ان يبرىء ذمة احد الضامنين بحيث لايسقط ضمان الباقي ام لا ؟ الظاهر هو الثاني ، وذلك لأنه لم يكن للمالك الاحق واحد في ذمة الجميع على البدل ، فابراؤه لواحد منهم معناه اسقاط حقه ، فلايبقى له شيء يشتغل به ذمة الباقي ، فلايقاس الضمان بالوجوب الكفائي حيث يمكن سقوطه عن بعض وبقاؤه على غيره .

(ثم) لو سلمنا ذلك ـ وهذا هو المقام الثاني ـ وقلنا للمالك ابراء ذمة بعضهم ومع ذلك يجوز له أن يرجع الى غيره من الضامنين فهل لمن ابرأ ذمته ايضاً ان يرجع الى لاحقه بعد ابراء ذمته ، كما لو كان سقوط ذمته بدفع البدل ام ليس له ذلك ؟ الظاهر هو الثاني ، لأن رجوع السابق الى اللاحق انما كان لأجل صيرورته مالكاً للمبدل بقاءاً ، والابراء لايوجب ذلك (نعم) له ذلك في الهبة والاعطاء وهو ظاهر .

(ثم) اذا فرضنا وجود العين غائبه وتوقف ردها على صرف مؤنة فالظاهر وجوبها على الغاصب مقدمة للرد (ودعوى) كونه ضرراً يدفع بحديث الرفع ، فاسدة لأن عدم وجوبه عليه ضرر على المالك ، فانه مستلزم لعدم وصوله الى ماله وهو ضرر عليه ، كما انه اذا تصدى المالك لتحصيله استحق من الغاصب اجرة مثل عمله لأنه فعل مسلم محرم (نعم) اذا انحصر القادر على تحصيله بالمالك وطلب من الغاصب اكثر من اجرة عمله ففي وجوبه عليه وعدمه ولحوقه بالتعذر وجوه كما في المتن .

(وبالجملة) لااشكال في ان مؤنة رد العين تكون على الضامن ، ولايمكن دفع وجوبه بلا ضرر ، لأن عدم وجوبها عليه مستلزم لمنع المالك عن التصرف في ماله ، وهو ضرر عليه فلا مجال لحديث لاضرر اصلا .

فروع

ثم ان في المقام فروعاً ثلاثة : (احدها) انه اذا انحصر القادر على رد العين بالمالك له ان يطالب الضامن بأجرة عمله لأن فعله عمل مسلم محترم فيجب على الضامن دفعها اليه (ثانيها) انه اذا لم ينحصر القادر على رد العين في المالك هل له ان يلزم الضامن بأنه يدفع الأجرة اليه ليرده بنفسه او يكون الخيار في ذلك بيد الضامن ؟ الظاهر هو الأول لأن الناس مسلطون على اموالهم فله أن لايرضى بتصرف غيره في ماله ولوبالرد (ثالثها) انه اذا طالب المالك من الضامن اكثر من اجرة مثل عمله فهل يجب على الضامن دفعه اليه اولا ؟ الظاهر هو الثاني لحديث لاضرر ، فانالزامه بدفع الزائد ضرر عليه ، وليس عدم وجوبه فى الفرض مستلزماً لتضرر المالك ، كما كان عدم وجوب صرف مؤنة الرد على الضامن ضرراً على المالك ، بل هو عدم نفع بالقياس الى المالك ، فلا مزاحمة بين الضررين ، فيرفع وجوب دفع الزائد على الضامن بحديث لاضرر ، وأما ماهو المعروف من ان الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال فلا دليل عليه .

(ثم انه) اذا كان رد العين محتاجاً الى طول مدة فهل يؤخذ من الضامن بدل الحيلولة أولا ؟ قد عرفت سابقاً ان بدل الحيلولة مما لادليل عليه (وعليه) فان كان العين تالفة ولو عرفاً يرجع المالك الى الضامن ببدلها ، وان كان مجرد فوت المنفعة في تلك المدة فيرجع اليه المالك بأجرة مثل منافعها في تلك المدة ، وأما بدل الحيلولة فلا اساس له . هذا تمام الكلام فى تعاقب الأيادي .

قوله (قده) : لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه (١)

بيع الفضولي مال غيره مع مال نفسه

(١) تارة يتكلم في ذلك على القول بصحة الفضولي واخرى على القول بفساده ، وتارة في فرض لحوق الاجازة واخرى فى فرض عدمها ، وعلى كل حال يقع الكلام فى هذه المسألة في جهات :

(الأولى) في حكم البيع بالاضافة الى مايملكه البائع من المبيع ، بناءاً على القول بفساد بيع الفضولي ، وقد ادعي الاجماع على صحته ولم ينسب خلافه الى احد سوى المحقق الأردبيلي (وتفصيل المقام) انه يدخل - بناءاً على فساد بيع الفضولي - فى المسألة الآتية من بيع مايملك ومالا يملك كبيع الشاة والخنزير ، فان قلنا بصحة البيع هناك فيما يملك فنقول بها في المقام أيضاً . ونقول : مايتوهم مانعاً من صحة البيع فيما يملك ليس الا امران

(احدهما) ان ماقصد انما هو بيع المجموع ، وهو لم يقع في الخارج ، فاذا وقع غيره فقد وقع مالم يقصد ، وهذا الوجه جار فى المقام أيضاً، اذ يقال ان ماقصد انما هو بيع مجموع مال نفسه مع مال غيره وهو لم يقع على الفرض ، فاذا وقع بيع مال نفسه فقط فقد وقع مالم يقصد (وفيه) ان البيع وان كان واحداً اثباتاً - اي من حيث المبرز - الا انه ينحل ثبوتاً الى بيوع عديدة بحسب اجزاء الثمن والمثمن ، كما ينحل الحكم التكليفي الى احكام عديدة بحسب افراد موضوعه فى العام الاستغراقى ، غايته يكون هناك شرط ضمني وهو وصف الانضمام ، وتخلفه لايوجب البطلان وانما يوجب الخيار .

(ثانيهما) انه مستلزم للجهل بما يقع من الثمن بأزاء مايملكه البائع ، وهو

يوجب الفساد ، وهذا أيضاً جار في المقام لأن البائع لايعلم بما يتقسط على ماله من الثمن حين البيع في القيمي بل وفي المثلي ايضاً اذا لم يكن مقدار ماله معلوماً له تفصيلا (وفيه) ان مايوجب بطلان البيع انما هو الغرر - كبيع شيء بما في الكيس مع الجهل بمافيه - وهو مفقود فيما نحن فيه ، اذ لايترتب على جهل البائع بالثمن خطر اصلا ، فهو نظير مالو باع من يملك صبره من الحنطة لايعلم مقداره كل منّ منه بدرهم ، فان الجهل بمقداره فى هذا الفرض غير مستلزم للخطر أصلا . وأما مانعية الجهل بمجرده عن صحة البيع فلا دليل عليه سوى مايدعى من الاجماع ، وهو غير شامل للمقام ، لماذكرناه من دعوى الاجماع على صحة البيع فيما يملكه البائع في الفرض مع ان الجهل بالثمن موجود فيه .

(ومما يؤكد) ان مجرد الجهل لايمنع صحة البيع ان لازم مانعيته فساد البيع فيما اذا باع احد مال نفسه مع مال غيره باذن منه لافضولة ، فان الجهل بما يقع بأزا ماله من الثمن موجود فيه ايضاً ، مع انه لم يستشكل احد فى صحته ، فشيء من الوجهين لايتم ، فصحة البيع فيما يملكه البائع بما يقابله من الثمن يكون على القاعدة مضافاً الى كفاية الاجماعات المنقولة في صحته . ومع الغض عن جميع ذلك يكفي في الصحة رواية صفار فانها تعم المقام - فتأمل .

(هذا كله) على القول بفساد الفضولي ، وأما على القول بصحته فلا اشكال في صحة البيع اذا اجاز المالك ، وأما اذا رد بطل البيع فيما يملكه من حين حدوثه ، لأن الرد كاشف عن الفساد من اول الأمر وان قيل بالنقل في الاجازة ، فيجري بالاضافة الى مايملكه البائع ماتقدم على القول بفساد الفضولي من الوجهين والجواب عنهما ورواية صفار بأجمعها .

(ثم) انهم ذكروا أن صحة البيع في المملوك فى فرض الرد انما تكون فيما اذا لم يكن الرد مستلزماً لخلل في بيع مال البائع من لزوم الربا أو عدم القدرة على

التسليم (وبعبارة اخرى) صحة البيع في مال البائع في المقام ينحصر بما اذا لم يكن لبيع مال الغير دخل في صحة بيع مال نفسه والافساده يوجب فساده ايضاً . وقد مثلوا للزوم الربا بما اذا كان للبائع درهماً وللآخر ديناراً فباعهما مالك الدرهم بدرهمين ودينارين فانه يصح البيع اذا أجاز المالك ، وقد عللها الفقهاء بأن كل من الدرهم والدينار يقع بأزاء ما يخالفه من الثمن ، وأما اذا رد البيع مالك الدينار فلا محالة يقع بأزاء الدرهم اكثر من درهم فيلزم الربا .

(وأوضح) من هذا المثال ماذا باع مالك الدرهم درهم نفسه مع دينار غيره بخمسة عشر درهم مثلا فرد مالك الدينار فحينئذ يقع بأزاء الدرهم درهم وجزء واحد من احد عشر جزءاً من اربعة دراهم ، فان الدينار يعادل عشرة دراهم والدرهم يعادل الدرهم والأربعة الباقية تقسط ، فجزء من احد عشر اجزائه يقع بأزاء الدرهم ايضاً ، وهو ربا يوجب الفساد (ومثلوا) للعجز عن التسليم بما اذا باع المالك عبده الآبق منضما بمال غيره فرد الآخر ، فانه حينئذ يكون البيع بيع العبد الآبق من دون ضميمة ، وهو فاسد .

(ونقول) فساد البيع في الصورتين غير مستند الى الرد بل يكون الفساد ثابتاً حتى في صورة الاجازة ، وذلك لأن عدم لزوم الربا فى فرض انضمام الدينار بالدرهم اذا بيع بالمثل مع الزيادة الذي هو منصوص انما هو فيما اذا كانت الضميمة ايضاً ملكاً للبائع - اي كان الدرهم والدينار كلاهما ملكاً لشخص واحد - فان دليل الربا منصرف عن مثله ، اذ لاتصدق بيع المثل بالمثل مع وجود الضميمة ، كما ان هذا هو مورد النص ، وأما اذا كانت الضميمة ملكاً لشخص آخر وقد فرضنا انحلال البيع فيصدق بيع المثل بالمثل مع الزيادة ، فيكون رباً موجباً للفساد ، سواء رد المالك البيع الواقع على ماله او اجازه .

وأما العبد الآبق فلان الدليل دل على فساد بيعه ، وقد خرج عنه (١) ما اذا انضم اليه شيء آخر معللا بأنه لو فاته العبد فلا تفوته الضميمة ، فمقتضى القاعدة فى بيع العبد الآبق هو الفساد ، وقد خرجنا عنها فيما اذا انضم اليه شيء من مال مالكه وأما التعدي الى غيره - أي فيما اذا كانت الضميمة ملكاً لشخص آخر - فلاوجه له كما لايتعدى عن صحة البيع مع الضميمة الى صحة اجازة الآبق مع الضميمة ، فالفساد في الموردين ليس من جهة الرد بل يكون لماذكرناه .

(والحاصل) ان الصحيح هو صحة البيع فيما يملكه البائع على القاعدة على جميع التقادير والأقوال سواء قلنا بفساد الفضولي او بصحته ، اجاز المالك ماوقع على حصته من البيع اورده ، لأن البيع - وان كان واحداً بحسب مقام الاثبات والمبرز - الا انه منحل بحسب مقام الثبوت والمبرز ، نظير انحلال العام الاستغراقي ، وان كان فرق بين الانحلالين .

(نعم) ذكروا أن فساد البيع في حصة غير البائع اذا كان مستلزماً لفساده فى حصة البائع ايضاً للزوم الربا أو كون ماله عبداً آبقاً ، فسد البيع بأجمعه ، كما اذا باع دينار غيره منضما بدرهم نفسه بخمسة عشر درهم مثلا وباع العبد الآبق لنفسه منضما الى مال غيره (إلا أناقلنا) ان الفساد في هذا الفرض - وان كان ثابتاً - الا انه غير مستند الى الرد بل من جهة كون الضميمة مال الغير ، ولذا يبطل فيه البيع مطلقا ولو اجاز المالك (وذلك) لأن بيع المكيل أو الموزون بمثله فاسد مع الزيادة ، فاذا كان كل من الدرهم والدينار ملكاً للبائع فباعهما بدرهمين ودينارين لم يصدق انه باع مثلا بمثله مع الزيادة ، لانصراف الأدلة عما اذا كان المبيع جنسين ولو كان الثمن ايضاً كذلك فلا يلزم الربا المفسد للبيع . وأما اذا فرضنا ان الضميمة كان ملكاً لغير

(١) هناك روايتان مذكورتان في الوسائل ج ١٢ ص ٢٦٢ تدلان على صحة بيع الآبق اذا انضم اليه شيء آخر فراجعهما .

البائع فالبائع انما هو بائع حقيقة لمال نفسه فانه مكلف بالوفاء بالاضافة الى العقد الذي اوقعه على ماله وليس بائعاً حقيقة لمال غيره ، اذليس مكلفاً بالوفاء بالاضافة اليه حتى لو أجاز المالك فهو بائع لجنس واحد بمثله مع الزيادة ، ففي المثال يكون بائعاً لدرهمه بدرهم وجزء واحد من احد عشر جزءاً من اربعة دراهم ، وهو ربا يوجب الفساد أجاز المالك اولم يجز ، وكذا الكلام في ضميمة مال الغير الى العبد الآبق . هذا كله في الجهة الأولى .

(الجهة الثانية) لا اشكال في ثبوت الخيار للمشتري بعد رد المالك اذا كان جاهلا بالموضوع ، لأنه انما التزم بالوفاء بشرائه مشروطاً بتسليم البائع جميع المبيع اليه ، فاذا فرضنا أن البائع لم يقدر على ذلك برد المالك ثبت للمشتري خيار تخلف الشرط ، وهذا بخلاف ماذا كان عالماً بالحال ، فانه حينئذ أقدم على إلغاء الشرط فلا خيار له ، وهذا واضح .

(وأما البائع) فظاهر الشيخ تقوية ثبوت الخيار له أيضاً ، وظاهر الغنية الجزم بعدمه ، وايده الشيخ الأنصاري بقوله عليه السلام في صحيحة الصفار (١) « ووجب الشراء فيما يملك » ، وحمل كلام الشيخ الطوسي على فرض جهل البائع بالموضوع ، وكلام الغنية على صورة علمه بالحال (ونقول) كما يمكن ان يكون في

(١) ذكرت هذه الصحيحة في الوسائل ج ١٢ ص ٢٥٢ واليك نصها .

« محمد بن الحسن الطوسي باسناده عن محمد بن الحسن الصفار أنه كتب الى أبي محمد الحسن بن علي العسكري عليه السلام في رجل له قطاع أرضين « أرض نسخه بدل » فيحضره الخروج الى مكة والقرية على مراحل من منزله ، ولم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه ، وعرف حدود القرية الأربعة فقال للشهود : إشهدوا أني قد بعت فلانا يعني المشتري جميع القرية التي حد منها كذا ، والثاني والثالث والرابع وانما له في هذه القرية قطاع أرضين ، فهل يصلح للمشتري ذلك وانما له بعض هذه -

فى الانضمام غرض للبائع فيما اذا كانت الضميمة مال نفسه ، بحيث لايرضى ببيع عباءته الجديد الامقدمة لخلاصه عن عباءته العتيق الذي لايرغب فى شرائه احد كذلك يمكن ثبوتاً أن يكون للبائع غرض في ضم مال غيره في بيع مال نفسه ، بحيث لايرضى ببيع ماله الا اذا انضم الى مال الغير وان كان هذا نادراً بخلاف الأول .

(وعليه) فاذا كان البائع جاهلا بالموضوع واعتقد ان الضميمة ملكه ايضاً او علم بأنها للغير الا انه زعم انه وكله في بيعه فهو مأذون عن المالك فباع ماله مع مال نفسه ثم انكشف الخلاف ورد المالك ماوقع على ماله من البيع ثبت للبائع خيار تخلف الشرط ، الا انه يحتاج في مقام الاثبات الى قيام قرينة عرفية على الاشتراط .

(الجهة الثالثة) في تقسيط الثمن ، وظاهر كلام الاعلام اختصاص التقسيط بصورة الرد الا انه يجري في فرض الاجازة ايضاً ، غايته فى فرض الرد يكون التقسيط بين البائع والمشتري وفي فرض الاجازة يكون بين البائع والمالك (وكيف كان) ظاهر كلماتهم في كيفية التقسيط انه يقوم كل من المالين منفرداً ثم يقومان معاً مجتمعاً فيؤخذ لكل منهما جزء من ثمن المسمى يكون نسبته الى مجموع الثمن نسبة قيمته الى قيمة المجموع .

(وهذه) قاعدة تامة فيما اذا لم يكن لوصف الانضمام دخل في زيادة القيمة او نقصانها ولاتتم فيما اذا كان للانضمام دخل في زيادة القيمة ولذا يوجب تخلفه الخيار للمشتري ، واذا فرضنا ان لوصف الانضمام دخلا في زيادة القيمة - كما في

-القرية وقد أقر له بكلها ؟ فوقع عليه السلام لايجوز بيع ماليس يملك ، وقد وجب الشراء من البايع على مايملك » . وروى هذه الرواية الصدوق باسناده عن محمد بن الحسن الصفار . ورواها الكليني ، عن محمد بن يحيى ، عن محمد بن الحسن .

(محمود على الحسيني)

زوج فراش أو مصراعي الباب ـ لامحالة يكون قيمة المجموع اكثر من قيمتها منفرداً . مثلا : إذا قوّم زوج الزيلو بثلاثين فكل منها لايقوم الا بعشرة ، فيكون نسبة حصة المالك الى قيمة المجموع هي الثلث ، فبناءاً على هذه القاعدة يرجع المشتري الى البائع بثلث ثمن المسمى ، فاذا فرضناه ستين مثلا يرجع الى البائع بعشرين ، فيكون ثمن حصة البائع ثلثي الثمن وهو اربعون في الفرض ، مع ان نسبة الثمن الى كل من المالين كانت واحدة على الفرض ، فهذا ترجيح بلا مرجح ، لأي وجه يجعل ثمن حصة البائع ثلثي الثمن وثمن حصة غيره ثلث واحد مع تساوي النسبة على الفرض ، بل لابد وان يأخذ البائع من المشتري بالمقدار الذي يكون حصته من الثمن على تقدير الاجازة لا اكثر من ذلك .

(ومن هنا) ذهب بعضهم الى عكس ذلك ، أي الى ان البائع يرجع الى المشتري في الثمن بهذه النسبة ، ففي المثال المتقدم يأخذ من المشتري عشرين ويرد اليه الباقي ـ اعني الأربعين ـ وذلك لأن اجزاء المبيع كأنه يكون ثلاثة : هذا الزيلو ، وذاك الفرد ، والاجتماع . ويقع ثلث الثمن بأزاء كل من الاجزاء الثلاثة ، وماسلمه البائع الى المشتري ليس الا الجزء الواحد من الأجزاء الثلاثة ، وهو ملكه وحده ولم يسلم مال الغير كما لم يسلم اليه وصف الانضمام ، فلا يستحق منه الا ثلث الثمن ، ولابد له من ارجاع ثلثي الثمن اليه .

(هذا) وفيه : (أولا) ان الهيئة لاتقابل بالمال ، ولذا لاتباع وحدها ، بل هي توجب زيادة قيمة المادة (وثانياً) انه في فرض كون وصف الانضمام موجباً لنقصان القيمة قد يؤدي ذلك الى لزوم الجمع بين العوض والمعوض ، ومثل المصنف لهذا بما اذا بيعت الجارية وامها بثمانية مثلا وفرضنا ان قيمة الجارية وحدها ثمانية وقيمة الام اثنان وقيمة المجموع خمسة مثلا فان قيمة الجارية وحدها تعادل تمام الثمن ، فاذا رجع بها المشتري الى البائع لزم تملكه للجارية مجاناً وبلا عوض .

(ومن هناك) ذكر المصنف طريقاً آخر للتقسيط، وهو تقويم كل منهما منفرداً والجمع بين القيمتين وملاحظة النسبة بين قيمة كل منهما مع مجموع القيمتين ورجوع المشتري الى البائع بنسبة ماله، وهذا الطريق جار في جميع الصور. (وقد) اورد السيد في حاشيته على هذه الكيفية ايضاً بأنها انما تتم فيما اذا كانت القيمة الموجبة لزيادة القيمة اونقصانها بالاضافة الى كل من المالين على حد سواء، وأما اذا كانت نسبتها الى كل منهما مختلفة فلا يتم ذلك ايضاً، كما اذا فرضنا ان الضميمة توجب زيادة قيمة احدهما بأكثر مما يوجبه من زيادة القيمة فى الآخر، او فرضنا انها توجب الزيادة في قيمة احدهما ولا توجب الزيادة في احدهما والنقصان في الآخر، فان جميعها فروض ممكنة، وحينئذ لايمكن بهذه الكيفية احراز ما وقع بأزاء كل من المالين من الثمن، ولذا ذكر للتقسيط كيفية اخر، وهي: ان يقوم كل من المالين في حال انضمامه بالآخر فيجمع بين القيمتين فحينئذ يكون مجموع القيمتين قيمة المجموع لامحالة، فيؤخذ بحسب النسبة لكل منهما من الثمن، وهذا جار في جميع الفروض. ثم ذكر انه يحتمل أن يكون هذا مراد المحقق والعلامة من قولهما: يقومان جميعاً ثم يقوم احدهما ـ الخ.

(ونقول) ما افاده السيد هو الصحيح الجاري في جميع الموارد.

(ثم ذكر) المصنف انه لافرق فيما ذكر من كيفية التقسيط بين ما اذا كان المالان متعددين في الوجود ـ بأن كانا مفرزين ـ اوكان ملكهما مشاعاً ـ كما اذا بيع دار ثلثه لزيدوثلثاه لعمرو ـ فيجري التقسيط بالكيفية المزبورة في الثاني ايضاً، ولايكفي تقسيط الثمن بدون ملاحظة النسبة ـ أي اثلاثاً ـ لأن المقدار القليل لايساوي في القيمة ولايباع بقيمة الكثير لاختلاف الرغبات في ذلك فلابد من ملاحظة النسبة، وهذا ايضاً ظاهر.

(ثم قال) هذا كله في القيمي، وأما المثلي فان كانت الحصة مشاعة قسط

قوله (قده) : مسألة - لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار (١)

الثمن على نفس المبيع ، اي لايحتاج الى ملاحظة النسبة في مقام التقسيط بل يقسط الثمن بحسب نسبة حصة كل منهما بالاضافة الى الآخر وان كانت حصة كل منهما معينة - اي كانت مفرزة - كان الحكم كما في القيمي من ملاحظة قيمتي الحصتين وتقسيط الثمن على المجموع .

(ونقول) ان كان ما افاده في القسم الأخير - اعني في المثلي المفرز - من لزوم ملاحظة النسبة والتقسيط بالكيفية المزبورة من جهة اختلاف الحصتين من حيث الجودة والرداءة ، وان كانتا مثليتين فهو وان كان صحيحاً الا انه لم يذكر ذلك في كلامه ، وان كان من جهه تفاوت الرغبات في الشراء بالقلة والكثرة فهو ممكن التصوير في فرض الاشاعة ايضاً . فلماذا خص هذا الحكم بصورة الافرار وتعين الحصتين (وكيف كان) لم نفهم نحن كما لم يفهم غيرنا ايضاً وجهاً لما ذكره في المقام . هذا تمام الكلام في جهات هذه المسألة .

بيع من له النصف

(١) يتصور ذلك على صور ثلاثة : لأنه تارة يقصد نصفه المختص به او بيع حصة غيره او بيع نصف المجموع وهذا لاكلام فيه ، واخرى يقصد بيع مفهوم نصف الدار عرفاً أي مايفهمه العرف من هذه العبارة ، فحينئذ يقع الكلام في ان المفهوم منها عرفاً هل هو بيع نصفه المختص او المشاع بعد الفراغ عن عدم ظهور اللفظ في بيع نصف شريكه ، وظاهر المصنف اختصاص البحث بهذه الصورة - أي بما اذا قصد انشاء مبادلة مايفهم من هذه الجملة عرفاً - وثالثة لايعلم انه قصد أياً منها

ـ اي بيع حصة شريكه او نصف نفسه او النصف المشاع ـ والظاهر جريان البحث على هذا التقدير ايضاً ، لأن الظهور العرفي حجة على المراد ، فاذا ثبت ظهور اللفظ الصادر من البايع في شيء يحمل عليه مراده فلا ينحصر البحث بالتقدير الثاني بل يجري على الاحتمال الثالث أيضاً .

(والحاصل) لو باع من يملك نصف الشيء ـ كالدار مثلا ـ نصف ملك الدار فتارة يعلم من الخارج انه قصد بيع حصة شريكه او خصوص حصة نفسه او النصف المشاع ، ولا كلام في هذه الصور ، واخرى يقصد مايفهم من اللفظ عرفاً وينصب قرينة على ذلك فرضاً ، وهذه الصورة على قسمين ، لأنه إما ان يقصد بيع مايفهم من لفظ نصف الدار عرفاً ، وعليه لامجال للبحث بناءاً على ماذهب اليه المصنف من ظهور النصف في النصف المشاع عرفاً ، ولذا أورد عليه السيد في الحاشية بأنه اذا علم من الخارج ان البائع قصد بيع مفهوم النصف والمفروض ظهوره في المشاع فما معنى البحث ورفع اليد عن ظهوره في المشاع ، لظهور الانشاء فى البيع لنفسه دون الغير وظهور التصرف في كونه في ماله دون مال الغير ، واشكاله وارد عليه لو أراد هذا القسم ، ولكن هناك قسم ثان وهو أن يقصد بيع مايفهم عرفا من مجموع هذه الجملة مع ماحتفت بهامن القرائن ، مثل ظهور التصرف في كونه في مال نفسه وظهور الانشاء في البيع لنفسه ، وعليه لابد من البحث وانه هل يرفع اليد عن ظهور النصف في المشاع للظهورين المزبورين او يتقدم ظهوره عليهما ؟ فذكر المصنف ان فيه احتمالان ـ اي فيهذا القسم ـ ثم ابدى الفرق بينه وبين مااستدل الفخر من قول البائع بعت غانماً مع اشتراك الاسم بين عبده وعبد غيره ، حيث ثبت الاتفاق على انصرافه الى عبده ، فالمقام كذلك ، فذكر المصنف ان المبيع في المثال لم يكن له ظهور في مال الغير ، غايته كان مجملا فصار الظهوران المزبوران رافعاً لاجماله ، وهذا بخلاف المقام حيث ان المبيع ظاهر

في نفسة في مال الغير ، فالقياس مع الفارق .

(وبالجملة) مورد كلام المصنف هذا القسم دون القسم الثاني ، فلا يرد عليه ايراد السيد اصلا . فهذه اقسام ثلاثة ، ورابعة نعلم بأن البائع قصد احد الأمرين او الأمور من بيع مال نفسه او مال غير أو النصف المشاع ، الا انا لانعرف مراده الجدي ، وفي هذا القسم ايضاً يجري النزاع في تعيين ظهور اللفظ لأنه حجة على المراد الجدي ، فاذا فرض ظهوره في احدها يحمل عليه مراد البائع ايضاً لدلالة لفظه عليه ، فلا موجب لتخصيص البحث بالصورة الثالثة ـ كما يظهر من المصنف اصلا .

(ثم انه) ربما يتوهم فساد البيع في الصورة الثالثة ، حيث لم يكن المبيع معيناً عند البائع ، فهو لم يقصد بيع مال نفسه ولابيع مال غيره ، بل قصد بيع المفهوم مع اجماله عنده فيكون فاسداً (وفيه) انّنصف الدار معين خارجاً ، وقصد بيعه البائع والاجمال انما هو فى المالك وان مالك النصف المبيع هل نفسه فقط اوهو وشريكه ؟ وقصده غير معتبر في البيع فيما اذا كان المبيع معيناً خارجاً ولم يكن كلياً ليكون ماليته باضافته الى شخص معين .

(وكيف كان) ذكر المصنف ماحاصله ان النصف ظاهر عرفاً في النصف المشاع ، الا ان انشاء البيع ظاهر في كونه عن نفس البائع لاعن غيره ، وظاهر التصرف ـ اي التمليك ـ ايضاً ان متعلقه مال نفسه لامال غيره ، ويعارض بهما ظهور المتعلق ـ اعني النصف في المشاع ـ .

(ونقول) بناءاً على كون النصف ظاهراً عرفاً فى النصف المشاع لايعارضه الظهوران المزبوران اما ظهور الانشاء في كون البيع عن نفسه فهو ممنوع فيما اذا كان المالين معيناً في الخارج (نعم) اذا كان الثمن او المثمن كلياً كان هذا الظهور ثابتا كما اذا قال البائع « بعتك هذا بدينار » فقال المشتري « قبلت » ثم ادعى انه قبل

الشراء عن غيره ، لم يسمع منه ذلك . وأما ظهور التصرف فى كونه في مال نفسه فهو ـ وان لم يكن قابلا للانكار ـ إما للغلبة او لغير ذلك ـ الا انه لايقاوم ظهور المتعلق في شيء (نعم) يمكن أن يكون رافعاً لاجماله اذا كان مجملا كما في مثال فخرالدين ، وأما معارضته مع ظهوره فيما كان ظاهراً في شيء فلا، ولذا لوقال البائع « بعتك اللبن » وكان اللبن مال الغير وكان له حليب مثلا لايحتمل معارضة ظهور اللبن في معناه مع ظهور التصرف في كونه في مال نفسه بل يؤخذ بظهور المتعلق ويسقط ظهور التصرف الى غيرذلك من الأمثلة العرفيه ، فبناءاً على كون النصف في نفسه ظاهراً في المشاع لايعارضة شيء بل يحمل البيع على النصف المشاع ، الا ان كون النصف ظاهراً في ذلك أول الكلام .

(وبالجملة) بناءاً على ظهور النصف في النصف المشاع بين الحصتين لابد من حمل مراد البائع في المقام بقوله « بعتك ملك نصف الدار » على المشاع بين الحصتين كما هو المعروف ، اذ لادافع لهذا الظهور ، أما ظهور البيع فى البيع عن نفسه ـ لأن البيع عن الغير يحتاج الىمؤنة زائدة ـ فهو انما يكون اذا كان المبيع كلياً دون ما اذا كان عيناً شخصياً ، اذ لايعتبر فيه قصد البائع وتعيينه ، كما اذا باع مناً من الحنطة وكان هو مالكاً للمن منه وصاحبه ايضاً مالكاً له فانه ظاهر فى البيع عن نفسه ، وأما ظهور التمليك في تمليك مال نفسه فهو ـ وان كان ثابتاً ـ الا انه ايضاً غير قابل لأن يعارض ظهور المتعلق فى مال الغير بعد امكان بيع مال الغير مع بيع مال نفسه (نعم) اذا كان المتعلق مجملا صلح هذا الظهور لرفع اجماله ، كما فىمثال فخر الدين .

(هذا) ولكن ظهور النصف في المشاع بين الحصتين ممنوع ، اذ لاوجه لهذا الظهور لامن ناحية الوضع ولامن ناحية الانصراف (نعم) ينصرف النصف الى النصف المشاع ، لأن النصف المعين كالنصف الواقع في الجهة الشرقي او الغربي

او غيره يحتاج الى مؤنة زائدة ، وأما كون النصف مملوكاً للبائع او لغيره اولهما معاً فكل ذلك خارج عن مفهوم النصف عرفاً .

(وما) ذكره السيد في حاشيته من ظهوره في المشاع بين الحصتين فهو انما يتم اذا كان النصف بلحاظ الملكية لانفس الدار كما هو ظاهر ، فان كل شيء ينقسم الى نصفين فله نصفان كما له ثلاثة اثلاث واربعة ارباع وخمسة أخماس ، فظاهر نصف الدار نصفها المشاع في مقابل النصف المعين ، وأما المشاع بين الحصتين فليس لعنوان النصف ظهور فيه (وعليه) فحال نصف الدار يكون من هذه الجهة حال الغانم فى المثال ـ أي يكون مجملا من حيث المالك ـ فيكون ظهور انشاء البيع والتمليك في كون متعلقه مال نفس البائع رافعاً لاجماله ، كما اذا باع مناً من الحنطة فيحمل على بيع مال نفسه في الصورتين ـ اي ما اذا قصد بيع المفهوم اولم نعلم مراده الجدي ـ .

(وبما ذكرناه) ظهر الفرق بين بيع نصف ملك الدار واقرار احدالشريكين بأن نصف الدار لزيد مثلا ، حيث ذكروا أنه يحمل على المشاع بين الحصتين ، فيكون نافذاً في نصف حصة المقر وهو ربع الدار ، فان الإقرار إخبار وليس تصرفا ليكون ظاهراً فى كونه في مال نفسه دون مال غيره ، فيكون النصف مجملا من هذه الجهة ، فيؤخذ فيه بالقدر المتيقن وهو نصف حصته .

وأما مسألة الطلاق فهي نظير البيع ، فانهم ذكروا أن الزوج لو أصدق زوجته نصف عين ـ كالدار مثلا ـ فوهبت نصفها المشاع لشخص ثم طلقها الزوج قبل الدخول استحق الزوج بالطلاق النصف الباقي لانصفه وقيمة النصف الموهب فالنصف في الفرض يحمل على النصف المختص بها لا المشاع بين حصتها وبين ما يكون لزوجها بعد الطلاق .

وأما مسألة الصلح فيما اذا أقر من بيده المال لأحد المدعيين للمال بسبب

مشترك بينهما ـ كالارث فى أخوين مثلا ـ فصالحه المقر له على ذلك النصف فانهم ذكروا أن النصف كان مشاعا بينهما فحمل فيها النصف على المشاع بين الحصتين فلا منافاة بينها وبين المقام ، حيث ان اعتراف ذي اليد انما هواعتراف بالربع لكل منها لاشتراكهما في السبب كما هو المفروض ، فلامناص من كون المبيع هو المشاع بين الحصتين ، فيحتاج في نصفه الى اجازة المدعي الآخر . والعجب من المصنف كيف جعل هذه المسألة منافية لما ذكروه .

(وبالجملة) اذا باع من يملك نصف الدار نصفه فظاهر النصف هو المشاع وأما من حيث كونه مشاعاً بين الحصتين فلا ظهور له ، فيكون نظير « بعتك غانماً » فظهور التصرف في كونه في مال نفسه يرفع اجماله ويوجب اختصاصه بحصة نفسه وأما على ماسلكه المصنف « ره » من ظهوره في النصف المشاع بين الحصتين ففيه احتمالان لتعارض الظهورين كما في المتن .

وأما مسألة الاقرار فليس للاخبار ظهور في انه يعترف في خصوص حصته فاذا كان نافذاً في حق شريك المقر أيضاً اخذ به وحمل النصف على المشاع بين الحصتين ، وحيث لايكون نافذاً الا في حصة نفسه فيؤخذ به في الربع المختص به .

وأما الطلاق فهو نظير مانحن فيه ، فان الزوج بطلاقه قبل الدخول يملك نصف صداق المرأة بملكية جديدة ، كما في البيع والشراء ، غايته من دون رضا الزوجة ، فاذا فرضنا أنها قد أخرجت نصفه عن ملكها بمصالحة او شراء ونحوه انتقل النصف الباقي الى الزوج لامحالة .

وأما مسألة الصلح والاقرار فمقتضى اقرار من بيده المال لأحد المدعين المشتركين فيسبب الملكية بالنصف واقرار المقرله باشتراك المدعي الآخرمعه في المال أن يكون النصف المقر به مشتركاً بينهما ، فيكون الصلح الواقع عليه نافذاً في الربع ومراعي على اجازة المدعي الآخر في الربع الآخر . وأما لو أقر احد الرجلين

الشريكين الثابت يد كل منهما على نصف العين ـ بأن ثلثها لشخص ثالث ـ فان اقر الشريك الآخر ايضاً يقسم العين بينهم اثلاثاً ، وان انكر فالمعروف أن المقر يدفع الى المقر له نصف مافي يده .

(وربما يقال) بأن المقر لايدفع الى المقر له الاسدس مافي يده ، وأما السدس الآخر فقد تلف منه بانكار الشريك الأخر ، ودفع النصف اليه لاوجه له (وفيه) أن هذا إنما يتم فى المال المفرز ، فان معنى اقرار احد الشريكين حينئذ ان للمقر له مما بيده السدس وله فيما بيد شريكه ايضاً ، وأما في المشاع فلايتم ذلك ، لأنه مايأخذه المنكر ـ وان كان بحكم الشارع عملا باليد ـ الا انه نظير ما اذا أخذ الغاصب عدواناً يحتسب على كل من المقر والمقر له ، لأن نسبته اليهما على حد سواء ، فالسدس الزائد عند المنكر الذي هو بحكم التالف يحتسب نصفه على المقر ونصفه الآخر على المقر له ، ولا وجه لاحتساب جميعه عليه (نعم) لو قلنا بصحة التقسيم مع الغاصب ومن بحكمه تمحض مايأخذه الغاصب فى حصة المغصوب منه ـ أعني المقر له دون المقر ـ .

(وأما) اقرار احد الشريكين فى الارث بالنسب لشخص ـ كما اذا كان هناك اخوان وارثان من والدهما فأقر احدهما بأن زيداً أيضاً اخوهما ـ فقد ذكروا فيه انه لو انكر الآخر دفع المقر الى المقر له المقدار الزائد عما يستحقه باعتقاده ، ولا يجب عليه التنصيف فيحسب جميع الخسارة ـ اي مايأخذه المنكر زائداً عن حقه على المقر له دون المقر ـ .

والظاهر عدم الفرق بين الإقرار بالنسب وبين مانحن فيه من حيث القاعدة اصلا ، بل القاعدة في الاقرار بالنسب تقتضي التنصيف ايضاً لمابيناه ، الا أن الفارق بينهما انما هو النص ، فقد ورد فيه أن المقر من الورثة لو كان متعدداً وكانا عدلين نفذ اقرارهما على سائر الورثة ايضاً لكونه بينة شرعية ، والا فيلزم المقر

منهم في حقه .

وهذا هو مدرك التفصيل ، وضعف الروايات منجبر بعمل المشهور على مسلكهم ، ولكن الصحيح عدم تماميتها سنداً ودلالة : أماسنداً فواضح ، وأما دلالة فلانه لم يبين فيها مقدار مايلزم المقر في حقه ، فالظاهر عدم الفرق بين ماإذا كان التلف من جهة اليد ـ كما في الفرض السابق ـ او من جهه الانكار كما في الاقرار بالنسب ، فلا بد من التنصيف واحتساب التالف على كل من المقر والمقر له مطلقا وان فرق بينهما السيد في الحاشية .

(وبالجملة) مقتضى القاعدة في اقرار احد الشريكين بالثلث وانكار الآخر أن ينصف المقر حصته مع المقر له ، لأن مرجع اقراره الى تساوي نسبة المال الى كل من الشركاء الثلاثة بحسب اقراره ، فيحسب المقدار التالف بانكار المنكر عليهما معاً ، وكذا الحال في اقرار احد الوارثين بالنسب ، لماعرفت من ضعف الأخبار الواردة فيه سنداً ودلالة .

(وأما) ماذكره في الجواهر ـ على ماحكاه السيد ـ من الفرق بين الموردين من انه في الفرض الأول انما يأخذ زائداً عن حقه مستنداً الى اليد التي هي حجة شرعاً وفي نسبتها الى كل من المقر والمقر له على حد سواء ، فيكون التلف بحكم الشارع فيسقط التالف عليهما . وأما في انكار النسب فالمستند لأخذ المنكر للمقدار الزائد ليس الا انكاره لحصة المقر له ، فهو يختص به دون المقر .

(ونقول) لم نفهم واقع مراده ، فان الأخذ في الفرض الثاني أيضاً مستند الى حكم الشارع للانكار وموافقته للاصل ، ونسبته الى كل منهما على حد سواء كما في الفرض الأول ـ فتأمل .

(وأما) ماأورده الميرزا « ره » على التنصيف في الفرض الأول من ان المقر لايعترف الا بأن ثلث ما يأخذه للمقر له وثلث حصة شريكه له أيضاً ، فهو

لايعترف في حصة نفسه الا بالثلث ، فلا وجه لدفع نصف ما يأخذه اليه اصلا ، فهو الذي فطن اليه المصنف ، واجاب عنه بما حاصله : انه انما يتم في المفرز ، كما اذا فرض ان الجانب الشرقي من الباب لزيد وجانبه الغربي لعمرو فاعترف احدهما بثلث مجموع الدار لبكر فان مرجعه الى ان له الثلث من حصته والثلث من حصة شريكه ، فبما ان اقراره غير معتبر في حق غيره فيؤخذ منه ثلث حصته فقط لانصفه وأما في المشاع فلا يتم ذلك ، لأن كل جزء من المال حينئذ مشترك بين الثلاثة بحسب اقرار المقر ، فلابدله فى تقسيم مافي يده أن يكون برضاه ودفع نصفه اليه واحتساب ماتلف بانكار المنكر عليهما ، وهذا هو السر فى التنصيف الذي هو مركز كلام المصنف ، فان كان للميرزا كلام فليتكلم في هذا المورد ، فالصحيح هو تنصيف ما للمقر مع المقر له في الموردين .

(هذا كله) فيما اذا باع من يملك نصف الدار نصفها في فرض كون الدار مشاعاً بينهما وأما فى فرض الافراز فالظاهر حمل النصف على نصفه المختص أيضاً ، لأن النصف كلي يعم النصف المفرز أيضاً ، فيكون ظهور التصرف رافعاً لاجماله.

(هذا كله) اذا كان البائع أجنبياً عن حصة شريكه ، وأما اذا كان وليه او مأذوناً عنه في البيع فباع نصف الدار فهل يحمل على الاشاعة او النصف المختص به ؟ ذكر المصنف فيه وجهين ـ بناءاً على ظهور النصف في المشاع بين الحصتين ـ مبنيين على ان المعارض لهذا الظهور هل هو ظهور التصرف فى كونه فى مال المتصرف فيه او ظهور الانشاء في الأصالة ؟ فان الأول يعارض ظهور النصف في الفرض بخلاف الثاني الا أنه يتقدم عليه ظهور النصف في المشاع بين الحصتين لورود ظهور المقيد على ظهور المطلق .

(ونقول) الظاهر عدم ثبوت المعارض لظهور النصف رأساً : أما ظهور التصرف فواضح ، وأما ظهور الانشاء في الأصالة فلما عرفت من انه ليس للانشاء

قوله (قد) : مسألة ـ لو باع مايقبل التملك وما لايقبلة (١)

هذا الظهور اذا كان متعلقه ظاهراً في مال الغير ، الا أن الصحيح ـ كما عرفت ـ عدم ظهور النصف في نفسه في المشاع بين الحصتين لا وضعاً ولا انصرافاً (نعم) ظهوره في الاشاعة انصرافاً ، لأن المفرز محتاج الى مؤنة زائدة غير بعيد ، فالصحيح هو حمل النصف على حصة نفسه في جميع الفروض الا فيما اذا نصب قرينة على الاشاعة بين الحصتين او خصوص حصة شريكه فيحمل عليها .

بيع ما يقبل التملك مع ما لا يقبله

(١) لاينبغي الريب في انحلال البيع الواحد انشاءاً الى بيوع عديدة بحسب مالكل من المبيع والثمن من الأجزاء كل جزء من المبيع بما يخصه من الثمن وان كان الانشاء واحداً ، فاذا باع عشرة امنان من الحنطة بعشرة دنانير فقد باع كل منّ منها بدينار واحد ، غاية الأمر بشرط الانضمام ، واذا باع الشاة والخنزير صفقة واحدة فقد باع الشاة حقيقة بما يخصه من الثمن وباع الخنزير أيضاً كذلك ، فيعم العمومات بيع مايملك ـ أي الشاة في المثال ـ وان لم يعم بيع ما لايملك كالخمر والخنزير ، فصحة البيع فيما يملك على القاعدة .

ويدل عليها ايضاً رواية الصفار المتقدمة (١) وقوله عليه السلام فيها « وجب الشراء من البائع على ما يملك » ، فان موردها ـ وان كان فساد البيع في جزء من المبيع من جهة عدم اجازة المالك ، وفي المقام الفساد من جهة عدم قابلية جزء المبيع للتملك ـ الا انه يستفاد منها قابلية البيع الواحد صورة للتبعيض والصحة في جزء من المبيع وعدمها في الجزء الآخر ، فمقتضى العمومات والرواية الخاصة صحة البيع فيما يملك ، الا انه قد استشكل فيها من وجوه :

---

(١) ص ٤٧٦ .

(الأول) ماتقدم عن الشافعي من ان البيع الواحد لايمكن ان يتصف بالصحة والفساد معاً ، فاذا لم يمكن صحة البيع في تمام المبيع لابد وان يكون فاسداً في تمامه (وفيه) ماتقدم من ان البيع انما هوواحد بحسب الابراز والا فالمبرز بيوع عديدة ، فلا مانع من الصحة فى البعض والفساد في البعض الآخر .

(الثاني) ان التراضي انما وقع على بيع المجموع والمفروض ان الشاع لم يمضه وما يكون ممضي - على تقدير تحققه - انما هو بيع خصوص مايملك ولم يقع عليه التراضي (وفيه) انه بناءاً على الانحلال كما ان التراضي وقع على المجموع وقع على كل جزء ايضاً ، فلا مانع من شمول الأدلة لبيع جزء دون آخر .

(الثالث) ان الشرط اذا كان فاسداً فهو مفسد للعقد ، لأجل ان ماوقع عليه التراضي هو البيع المشروط ، والمفروض ان الشارع لم يمضه ، والبيع بدون الشرط لم يتعلق به التراضي . وقد أورد عليه الميرزا بالفرق بين فساد الجزء وفساد الشرط (ونقول) لوقلنا بأن الشرط الفاسد مفسد وكان ذلك على القاعدة بالبيان المتقدم لجرى في فساد الجزء أيضاً ، لأن بيع مايملك فى الفرض مشروط بالانضمام بما لايملك ، وهذا الشرط فاسد ، فاذا كان مفسداً اوجب فساد البيع كبقية الشرائط الفاسدة . الا ان الذي يسهل الخطب عدم كون الشرط الفاسد مفسداً على مانبينه انشاء الله تعالى في محله ، فهذا الوجه أيضاً ساقط .

(الرابع) انه مستلزم لجهل البائع بالثمن وهو يوجب الفساد (وفيه) ان الجهل اذا كان مستلزماً للغرر فهو موجب للفساد مطلقا ، لقوله عليه السلام « نهي النبي عن بيع الغرر أو عن الغرر » كما في مرسلة العلامة ، وأما مجرد الجهالة فدليل مبطليته الاجماع ، ولا اجماع على ذلك في المقام لذهاب كثير من الأصحاب الى صحة البيع فيما يملك (وبعبارة اخرى) الجهالة التي توجب فساد البيع هو الجهل بالثمن في العقد ، وأما اذا كان الثمن المذكور في العقد معلوماً وكان الجهل من حيث

امضاء الشارع وانه يمضي البيع شرعاً في أي مقدار من الثمن فلا دليل على كونه مفسداً للبيع .

ومما ذكرناه ظهر فساد التفصيل بين صورتي علم المشتري وجهله بالحال ، كما ظهر أيضاً فساد ماتوهم من وقوع مجموع الثمن في مقابل مايملك في فرض علم المشتري بأن بعض المبيع مما لايملك لاقدامه على بذل تمامه بأزاء مايملك ، فان مقتضى الانحلال خلافه وانه انمااقدم على شراء كل من الجزئين بما يخصه من الثمن لااكثر (نعم) لوسلطه على تمام الثمن مع علمه بفساد البيع فيما لايملك كان التسليط موجباً لتملك البائع لتمامه ، بناءاً على ان التسليط المجاني يوجب ارتفاع الضمان وهو غير تام كما تقدم ، فالحق صحة البيع فيما يملك بما يقابله من الثمن .

(بقي الكلام) في كيفية تقسيط الثمن ، والمختار فيها ـ على ماتقدم ـ ان يقدم كل من الجزئين بشرط انضمامه مع الآخر ثم يجمع بين القيمتين ، وطبعاً يكون مجموع القيمتين قيمة المجموع ، فيرجع المشتري الى البائع في الثمن بحسب النسبة . وقد ذكر المصنف في طريق معرفة قيمة غير المملوك انه ان كان حراً يفرض عبداً بصفاته فيقوم ، وان كان خمراً أو خنزيراً يقوم عند من يراه مالا . ثم ذكر انه يشكل تقويم الخمر والخنزير بضميمتها اذا بيع الخنزير بعنوان انه شاة والخمر بعنوان انه خل فبان الخلاف ، بل جزم بعض هنا بوجوب تقويمها قيمة الخل والشاة كالحر (وبالجملة) استشكل المصنف في تقويم مالايملك بعنوانه فيما اذا بيع بغير عنوانه الواقعي كما اذا تخيل المشتري ان كلا الحيوانين شاة فاشتراهما فبان كون أحدهما خنزيراً .

(وأورد) عليه الميرزا بما حاصله : انه لابد من تقويمه بعنوانه الواقعي فى هذا الفرض ايضا ، وذلك لأن ماوقع عليه البيع انما هو الموجود الخارجي المعنون بعنوانه الواقعي ، وتوهم انطباق عنوان آخر عليه وقصده لايوجب كون المبيع

عنواناً آخر غير ماهو الموجود في الخارج (وفيه) ان مافاده انما يتم فيما اذا فرض صحة البيع ، فانه يكون المبيع حينئذ نفس الموجود الخارجي بماله من العنوان الواقعي ، ولايلزم البائع بايجاد ذلك العنوان المتوهم فى المبيع ، لأن ماوقع عليه العقد هو الموجود الخارجي لا العنوان ، وأما اذا فرض فساد البيع في ذلك المورد وأريد استرجاع مايقابله من الثمن فلابد من تقويمه بالعنوان الذي وقع عليه البيع .

(وبعبارة اخرى) في فرض فساد البيع بالقياس اليه يكون الغرض من التقويم استكشاف قيمة الجزء الآخر من المبيع وما وقع بأزائه من الثمن بحسب بناء المتعاملين وقصدهما، فلابد وان يقوم كل من الجزئين بعدفرضه معنونا بالعنوان المقصود ، ولا وجه لتقويمه بماله من العنوان الواقعي ، فانه ربما يزيد قيمته بعنوانه الواقعي على قيمته بما تخيل له من العنوان ، فيكون مايرجع به المشتري الى البائع من الثمن اكثر مما يستحقه منه ، فيكون ظلما على البائع ، واذا انعكس انعكس .

(والحاصل) الغرض من التقويم ليس الا تعيين ما وقع بأزاء مايملك من الثمن بحسب قصد المتعاملين ، ولايتعين ذلك الا بتقويم مالا يملك بما قصد فيه من العنوان لابعنوانه الواقعي .

(فتحصل) ان الصحيح في بيع مايملك وما لايملك هو صحة البيع فيما يملك وفساده فيما لايملك بما يقابله من الثمن . هذا فيما اذا كان ما لايملك مالاً عرفاً ، وأما اذا لم يكن من الأموال العرفية ـ كما اذا بيع شاة وخنفساء صفقة واحدة ـ فان الخنفساء ليس لها قيمة اصلا ، فلا يجري فيه ماذكرناه من التقسيط وصحة البيع في بعض المبيع وفساده فى البعض الآخر ، بل يلزم من القول بصحة البيع فيما يملك منه وقوع تمام الثمن بأزائه ، اذ لاقيمة للجزء الآخر ، وهو خلف ، اذ المفروض انهجزء منالمبيع وقد وقع بأزائه شيء من الثمن ، فلابد من الحكم ببطلان البيع رأساً لعدم تعين ثمن لما يملك واقعاً ، وهو يوجب بطلان البيع .

الى هنا ينتهي الجزء الثاني من كتاب المحاضرات في الفقه الجعفري على ان نلتقي بالقراء الأعلام في الجزء الآتي قريباً انشاء الله تعالى .

ونودُّ قبل أن نفارق القارىء العزيز انتهاز الفرصة لتقديم آيات الشكر والثناء الى سماحة العلامة الحجة السيد عبد الرزاق الموسوي المقرم حيث أجهد نفسه في الإشراف على هذا الكتاب وتزيينه بتعاليقه الثمينة الى ص ٢٤١ ، ولقد أسفنا كثيراً أن يحرم هذا الكتاب من مضي سماحته في التعليق عليه الى آخر الشوط بسبب ما اصيب بالمرض وما ألمَّ به من آثار الشيخوخة والضعف ، فالى الله تبارك وتعالى نبتهل في أن يديم وجوده الشريف ويمنّ عليه بالصحة والعافية ، ويوفقنا للسير على خطاه في اكمال طبع بقية مؤلفات سيدنا الوالد قدس سره إنه ولي التوفيق .

ابن المؤلف

سيد محمود سيد على الحسيني

الفهرست

صفحة	الموضوع

